

الزَّخِيرَةُ

لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي

ت 684 هـ - 1285 م

للجزء السادس

تحقيق

الأستاذ سعيد أعراب



دار الفرب الإسلامي

جَمِيعُ الْحَقُوقِ مَحْفُوظَةٌ
الطبعة الأولى

1994

© 1994 دار الغرب الإسلامي

دار الغرب الإسلامي

ص . ب . 5787-113 بيروت

جميع الحقوق محفوظة . لا يسمح بإعادة إصدار الكتاب أو تخزينه في نطاق إستعادة المعلومات أو نقله بأي شكل كان أو بواسطة وسائل إلكترونية أو كهروستاتية ، أو أشرطة ممغنطة ، أو وسائل ميكانيكية ، أو الاستنساخ الفوتوغرافي ، أو التسجيل وغيره دون إذن خطي من الناشر .

الذخيرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجَعَالَة

وهي من الجَعَلَ . والجَعَلَ في اللغة ⁽¹⁾ - بفتح الجيم - له خمسة معان :
بمعنى صَيَّرَ نحو ⁽²⁾ جعلت الطين خَزَفاً ؛ وَسَمَّى نحو قوله تعالى ﴿ وَجَعَلُوا الْمَلَائِكَةَ
الَّذِينَ هُمْ عِنْدَ الرَّحْمَنِ إِنَاثًا ﴾ ⁽³⁾ أي سَمَّوْهُم لأن سلطان المشركين إنما هو على
الأسماء دون الذوات ؛ وبمعنى خلق نحو قوله تعالى ﴿ وَجَعَلَ الظُّلُمَاتِ وَالنُّورَ ﴾ ⁽⁴⁾
أي خلقهما ؛ وبمعنى أَلْقَى نحو جعلت متاعك بعضه على بعض أي أَلْقَيْتَهُ ؛
وبمعنى قَارَبَ الفعل ولم يَشْرَعْ ⁽⁵⁾ فيه نحو جَعَلَ يقولُ كذا .

والجَعَالَة من فعل أي التَّرَمَّ مَالاً لِمَنْ يَأْتِي بَعْدَهُ الْآبِقِ ⁽⁶⁾ أو نحو ذلك ،
وأنكره جماعة من العلماء لغروره ⁽⁷⁾ . وأصله قوله تعالى ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ

-
- (1) جملة (في اللغة) ساقطة في ي .
 - (2) كلمة (نحو) ساقطة في ي .
 - (3) الآية 19 من سورة الزخرف .
 - (4) الآية : 1 من سورة الأنعام .
 - (5) ولم يشرع : د ، وشرع : ي .
 - (6) كلمة (الآبق) ساقطة في د .
 - (7) لغروره : ي ، لأنه غرور : د .

وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴿١﴾ ولمساقاته عليه السلام أهلٌ خيرٌ^(٢) وهي جمالة ، لأن المساقى إن كَمَلَ أَخَذَ وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ .

ثم النظر في أركانها وأحكامها :

النظر الأول : في أركانها - وهي أربعة :

الأول والثاني : الْمُتَعَادَانِ ، وفي الجواهر : لا يُشْتَرَطُ^(٣) فيها إلا أهلية الاستئجار والعمل ، ولا يُشْتَرَطُ تعيينُ المَجْعُولِ له تكميلاً لمصلحة العقد ، بل لو قال مَنْ جَاءَ بِعَبْدِي^(٤) فله دينارٌ صَحَّ ؛ فإن أحضره قبلَ أن يجعل فيه شيئاً وعادته طلبُ الآبَقِ والاكتسابُ بذلك فله أجرٌ مثله في قدر تبعه وسفره ، وإلا فله نفقته فقط - قاله أصبغ وعبد المالك ؛ وعن عبد الملك عدمُ النفقة أيضاً .

وقال (ش) الرَّادُّ لِلآبَقِ ابتداءً متبرع لا شيء له - كان شأنه ردُّ الآبَقِ أم لا ، وكذلك إن أذن ولم يسمع أو يأذن فضولي يقول قال فلان من ردَّ عبدي فله كذا ، ولا شيء على المالك ولا عليه . وقال (ح) له الأجر في العبد دون سائر الضوال إذا رده من دون ثلاثة أيام أجرة المثل أو أكثر من^(٥) ثلاثة أيام وليس معروفاً برد الأباقي^(٦) لم يستحق شيئاً أو معروفاً بذلك فأربعون درهماً استحساناً، إلا أن تكون^(٧) قيمته أقل ؛ وقال أحمد له دينار كان معروفاً أم لا . واحتج أصحابنا والحنفية بما روى ابن أبي مليكة أنه عليه السلام قال من ردَّ آبقاً فله عشرة دراهم . وفي لفظ آخر أنه جعل لمن جاء بآبق خارج الحرم ديناراً . وعنه عليه

(١) الآية : 72 من سورة يوسف .

(٢) انظر الموطأ ص 494 - طبع دار النفائس .

(٣) يشترط : د ، تشتط : ي .

(٤) بعدي : د ، بعده : ي .

(٥) عبارة (ثلاثة أيام أجرة المثل أو أكثر منه) ساقطة في ي .

(٦) لم يستحق : ي ، استحق : د .

(٧) كلمة (تكون) ساقطة في د .

السلام انه قال في الآبق اربعون درهما⁽¹⁾. وهي أحاديث ضعيفة، ولان العادة كالشرط بدليل النقود في المعاملات وتعين⁽²⁾ الأعمال في الإجازات ونفقات الزوجات .

قاعدة : مذهبية : من فعل لغيره فعلا ما شأنه فعله من مال أو عمل لزمه ذلك المال واجرة ذلك العمل⁽³⁾ كان واجبا كأداء الدين أم لا كخلق الرأس وغسل الثوب ؛ وان كان شأنه فعله بنفسه أو عبده⁽⁴⁾ أو هو ممن يسقط عنه ذلك المال لم يلزمه شيء ؛ وقال (ش) لا يلزم في ذلك كله⁽⁵⁾ شيء . لنا القضاء بالعوائد كما تقدم تقريره ، فنفقة الآبق تجب بناء على الملك ، ولا تجب قياسا على الغيبة ، وليس شأن الناس الانفاق على الآبق فاختلف فيها ؛ وشأن الناس⁽⁶⁾ طلب الآبق فوجبت الأجرة ، الا أن تكون قرينة تدل⁽⁷⁾ على التبرع من كونه ليس شأنه ذلك ؛ قال اللخمي لو⁽⁸⁾ لم يسمع الآتي بالآبق قول سيده من جاءني به فله كذا لم يكن له شيء إلا أن يكون شأنه الإتيان بالآبق ، فله جعل مثله ، كما لو جاء به قبل القول ؛ وجعل له ابن حبيب بعد القول الجعل سمع أم لا ، - كان ذلك شأنه أم لا ؛ قال : وهو أحسن - إذا قال : لم أتطوع ، وله الأقل من المسمى أو جعل مثله ؛ فان جاء به من سمع قول سيده وقال لم أعمل على قول السيد ، لأن لي طلب ذلك ، وانما استفدت من قوله إن العبد آبق ؛ حلف

(1) كلمة (درهما) ساقطة في د .

(2) وتعين : د ، وتعتبر : ي .

(3) جملة (وأجرة ذلك العمل) ساقطة في د .

(4) عبده : د ، غيره : ي .

(5) كلمة (كله) ساقطة في ي .

(6) عبارة (الانفاق على الآبق فاختلف فيها وشأن الناس) ساقطة في د .

(7) كلمة (تدل) ساقطة في ي .

(8) لو : د ، إن : ي .

وأخذ جعل مثله - إن كان أكثر من المسمى ، فإن طلب⁽¹⁾ من يعلم موضعه فلا شيء له ، لأن ذلك واجب عليه - قاله ابن حبيب ؛ وقال ابن القاسم يعطى بقدر تعب⁽²⁾ ، وهو أحسن إن كان سيده لا يخرج له بنفسه ، والا فلا شيء له ؛ لأنه لم يوفر على السيد شيئاً .

الركن الثالث : العمل ، وفي الجواهر : ⁽³⁾ هو كل عمل يجوز الاستئجار عليه لكن لا يشترط كونه معلوماً تحصيل مصلحة العقد ، احترازاً ممن وجد آبقاً أو ضالاً بغير عمل فلا جعل له ، ومن عرف مكانه فدل عليه ، لأن ذلك واجب عليه ؛ ويشترط أن لا تحصل للجاعل منفعة إلا بتمام العمل ؛ قال القاضي أبو محمد ويمتنع في الشيء الكثير لما فيه من الغرر بذهاب العمل الكثير باطلاً ، وقال أبو الوليد بن رشد : لا يشترط ذلك ويمتنع إلا في غير المقدر من الأعمال بزمان ، فتى قرر لم يكن جعلاً بل إجارة⁽⁴⁾ ، قال ابن بشير في نظائره : للجعالة أربعة شروط : أن يكون الجعل معلوماً غير منقود وليس فيها⁽⁵⁾ منفعة للجاعل إلا بتمام العمل ، ولا يضرب للعمل أجل⁽⁶⁾ . وقال (ش) لا يشترط في العمل العلم ولا الجهل ، ويمنع في الدلالة على المال ، لأنها واجبة شرعاً ، ولا بد أن يكون الجعل معلوماً .

قاعدة : تعرف بجمع⁽⁷⁾ الفرق وهي⁽⁸⁾ أن يكون⁽⁹⁾ المعين في نظر الشرع

-
- (1) طلب : د ، طلبه : ي .
 - (2) تعب : د ، بعته : ي .
 - (3) كلمة (هو) ساقطة في د .
 - (4) انظر المقتضيات 2 / 177 .
 - (5) فيها : ي ، فيه : د .
 - (6) أجل : د ، أجلاً : ي .
 - (7) يجمع : د ، يجمع : ي .
 - (8) هي : د ، هو : ي .
 - (9) كلمة (يكون) ساقطة في د .

يقتضي حكيم متضادين كوصف السفه يقتضي إبطال التصرفات المالية صنونا لمال المحجور عليه على مصالحه ، ويقتضي تنفيذ وصاياه صنونا لماله على مصالحه لئلا يأخذه الوارث ، فصار السفه يقتضي التنفيذ والرد ؛ وكذلك كون العمل غير معلوم يقتضي بطلان الإجارة لئلا تذهب الإجارة مجانا فهو غرر ،^(١) ويقتضي أن يكون شرطاً في الجعالة ، لأنه لو قدر أدى ذلك لضياح عمل المجاعل بانقضاء المدة قبل وجود الضال^(٢) ، وإذا كان غير مقدر يزيد المجاعل في الطلب فيجد الضال^(٣) ولا يذهب فيه تعب^(٤) باطلا فصارت جهالة العمل تقتضي الصحة والبطلان؛ وفي الكتاب لا يشترط فيه التأجيل ، فمن قال بع ثوبي ولك درهم جاز - حد^(٥) في الثوب ثمناً أم لا ؛ فإن قال اليوم امتنع الا أن يشترط أن يترك متى شاء ، لئلا يذهب^(٦) عمله باطلا لتعذر البيع فيه ؛ وإن باع في^(٧) نصفه ، أخذ الجعل كاملاً ويسقط بقية اليوم فهو خطر ، فلا يكون الجعل مؤجلاً^(٨) . واشترطه (ح) قياساً على الإجارة . وجوابه ما تقدم ، لقوله تعالى ﴿ولن جاء به حمل بعير﴾ ولم يقدر أجلاً ؛ ولا يجوز الجعل على بيع كثير السلع والدواب والرقيق كالعشرة الاثواب ، ولا على ما فيه مشقة فيبقى في القليل لاحتمال ضياع كثرة العمل دون المقصود قبل ذلك ويجوز في القليل في البلد ، لانه لا يقطعه بيع ذلك عن شغله ، فإن باع أخذ وإلا فلا شيء له ؛ قال صاحب التنبهات أجاز الجعل على اليسير كالثوبين ، قال بعضهم مشروط بأن يسمى لكل ثوب جعله - كما قيل

-
- (١) ويقتضي : د ، يقتضي : ي .
 - (٢) الضال : ي ، الضوال : د .
 - (٣) ولا : د ، فلا : ي .
 - (٤) فيه تعب : د ، سعيه : ي .
 - (٥) حد : د ، حدد : ي .
 - (٦) يذهب : د ، يمضي : ي .
 - (٧) كلمة (في) ساقطة في ي .
 - (٨) انظر المدونة م 4 - ج 457 / 11 .

في الآبقين ، وفيه من الخلاف ما فيها ؛ وقيل يجوز في القليل والكثير فيما لا يبقى للجاعل فيه منفعة بعد تمامه ، لأنه الاصل ؛ ومعنى قوله في الكتاب لا يصح في الثياب ⁽¹⁾ الكثيرة ⁽²⁾ . أنه لا يأخذ شيئاً ⁽³⁾ حتى يبيع جميعها ؛ واما ان أخذ بقدر ما باع فجائر ، ومعناه انه سمي لكل ثوب شيئاً أو كانت متساوية القيم ، أو قال على أن تقبض الاجرة على العدد ؛ ولو كان على القيم امتنع لجهالتها ⁽⁴⁾ ، والأصل أن ما يعرض للبيع كالرقيق ونحوه يمنع ⁽⁵⁾ الجعل الا في اليسير كالواحد والاثنين حتى لا يشتغل الجاعل عن مصالحه ؛ وما لا يعرض للبيع ولا ينقل كاللدور ونحوها يجوز فيها الجعل ، وكذلك الجعل في عمل الأيدي جائز ؛ قال اللخمي ان كانت ثيابا كثيرة في بيت صاحبها ويأتي السمسار بمن يشتريها ويأخذ منها ثوبا يعرضه لبيع به جميعها ، أو تنقل الى دكان السمسار فيبيعها ⁽⁶⁾ فيه أو يستأجر صاحبها من يحملها له وقت العرض ، أو يقول بع أيها شئت جاز ، لعدم التعرض لضياح العمل الكثير على الجاعل ؛ ويلزم على المذهب منع الجعل في الآبق لطوله وحصول المنفعة للجاعل ⁽⁷⁾ بكشف تلك المواضع اذا لم يجده ، ومنع المغارسة لأنها تطول وقد ⁽⁸⁾ لا يحصل له شيء لعدم حصول المقصود ، مع أنهم أجازوها ؛ وأجازوا ⁽⁹⁾ الجعل على السفر من المشرق الى المغرب على البلاغ أن وصل أخذ والا فلا شيء له وهو جعل ، الا أنه واجب عليهما ؛ ويجوز عند

(1) جملة (لا يصح في الثياب) ساقطة في د .

(2) المدونة م 4 ج 11 / 457 .

(3) حتى : د ، الا : ي .

(4) لجهالتها : د ، لحفاها : ي .

(5) يمنع : د ، يمتنع : ي .

(6) فيبيعها : د ، ويبيعها : ي .

(7) للجاعل : ي ، للمجاعل : د .

(8) كلمة (لا) ساقطة في د - والمعنى يقتضيها .

(9) وأجازوا : ي ، وأجاز : د .

مالك وأصحابه الجعل على الشراء الحاضر وعلى السفر قليلا أو كثيرا ؛ بخلاف البيع مع أنه لا فرق بينهما مع أن ابن حبيب قد قال إذا قال ⁽¹⁾ ان ابتعت لى بهذه المائة في البلد الفلاني كذا فلك كذا ، والا فلا شيء لك إن كان خروجه له وللمائة جاز ، والا امتنع الا بأجل مؤقت ، وأجرة معلومة وهو أحسن .

فرع :

في الكتاب كل ما جازت الجمالة فيه ، جازت الإجارة عليه ، وليس كل ما تجوز الإجارة عليه يجوز الجعل فيه ؛ لان الإجارة تجوز على كثير السلع والطعام بخلاف الجمالة ⁽²⁾ .

فرع :

في الكتاب تجوز على ثياب يشتريها له نصفها ⁽³⁾ له فيلزمه ما يشبه تجارته .

فرع :

قال اللخمي الجعل على الآبق جائز علم المجعول له موضعه أم لا .

فرع :

في الكتاب ⁽⁴⁾ : ما عصرت من زيتوني فلك نصفه يمتنع ⁽⁵⁾ ، لأنه لا يدري

(1) جملة (اذا قال) ساقطة في د .

(2) الجمالة : ي ، الإجارة : د - وهو تحريف ظاهرة ، وانظر المدونة م 4 ج 411 / 11 ، وص 457 .

(3) كذا ثبت في النسختين : نصفها له ولعل الأنسب : لم يصفها له ، وانظر المدونة م 4 ج 456 / 11 - 457 .

(4) ما : د ، اذا : ي .

(5) يمتنع : د : يمتنع : ي .

كيف يخرج ولا يقدر على الترك إذا شرع ، فليس كالحصاد يتركه متى شاء ؛ ويجوز كل قفيز بدرهم⁽¹⁾ ، لأنه معلوم بالكيل ويعلم صفته بالفرك للسنبيل وتأخر درسه الى عشرة أيام قريب للضرورة .

فرع :

في الكتاب يُكره على الخصومة على أنه لا يأخذ إلا بادراك الحق وله أجرة مثله إن فعل ، وعن مالك الجواز⁽²⁾ ؛ قال اللخمي المعروف المنع إلا فيما قل حتى اذا ترك قبل التمام لم ينتفع الجاعل بشيء ، أما اذا طال وانتفع الجاعل بالحجاج فلا ؛ فان وكل آخر فآتم الخصومة ، هل يكون للاول بقدر ما انتفع الطالب من عمله خلاف ؟ وقال مالك اذا كان الجعل على ثلث ما يقتضي من ذلك فصالح الجاعل المطلوب على أخذ الثلثين وتأخير الثلث وأراد أخذ ثلث ما أخذ ويكون في الباقي على شرطه⁽³⁾ جاز ؛ واذا قال الأجير لا أجيز تأخير رب الحق بالثلث حتى أخذ ثلثه ، لزم الغريم ذلك ؛ كما لو أسقط رب الحق الدين لأسقط⁽⁴⁾ حصة الأجير ؛ قال وأرى اذا كان الجعل بعد خصومة ، لأنه اذا شرع في الخصومة ليس له عزله ؛ فإن رضي الوكيل بالتأخير ، والا رد الصلح⁽⁵⁾ وكان للوكيل أن يخاصم حتى يثبت الحق ؛ قال ابن يونس في كتاب محمد الجواز اذا وصف له أصل الحق وكيف هو عليه ؟ قال ابن القاسم إن ادعى أنه مقصر في حججه⁽⁶⁾ نظر السلطان ان وجده كذلك فسخ العقد ، وكذلك اذا لم يضرب للخصومة أجلا وترك الطلب وأضر ذلك؛ وفي النوادر اذا مات المجهول له قبل أن يتقاضى من

(1) انظر الملوثة : م 4 ج 462 / 11 .

(2) المصدر السابق : م : 4 - ج 462 / 11 .

(3) شرطه : د ، شرط : ي .

(4) لأسقط : د ، لا تسقط : ي .

(5) وكلن : د ، وان كان : ي .

(6) حججه : د ، حجته : ي .

الدين شيئاً لا شيء لورثته ، كالعامل يموت قبل الشغل لعدم تعيين الحق له⁽¹⁾ وإنما يستقل لهم ما تعين له ، والا فلا شيء لهم ؛ وإن مات الجاعل فلا شيء للمجوعول ولا لورثته إلا بتمام العمل ، إلا أن يشاء ورثة الجاعل ، لانتقال الحق لهم ؛ أو مات الذي عليه الحق ، فللمجاعل جعله في التقاضي ؛ ولا يجاعل على تخليص الميراث إلا أن يكون معروفاً ، ولا على الأخذ بالشفعة على أن له نصف الشقص ، ولو أجزأه في الدين ، لأنه يبيع ما لم يملك ؛ ويجوز ما قضيت من الدين فلك ربه إذا عرف الدين ، لأنه قد ينفق في سفره أكثر من الدين . ويمتنع في طعام من سلم ، لأنه يبيع الطعام قبل قبضه .

فرع :

قال ابن يونس استخف مالك أن يجاعله على أن يدلّه على من يبيع منه أو يشتري أو يستأجر ، ودلالة الرجل على من يتزوج أو المرأة ممنوع ؛ ولا شيء له إن فعل ، لأن النكاح لا يبيع فيه ولا كراء ، وإنما يكون الجعل يكون ذلك ، وجوزه عبد الملك لعموم المنفعة ؛ وأما إن قال أسع لي في زواج بنت فلان أجازّه ابن القاسم إن لم يكن فيه سفر ، لثلا يضيع تبعه ؛ وجوز ابن حبيب الجعل في الدلالة على الطريق⁽²⁾ وانتقاد المال .

الركن الرابع : الجعل ، وفي الجواهر شرطه أن يكون معلوماً مقدوراً كالأجرة ويمتنع بنصف الأبق للغرر ، وله أجر مثله - وقاله الأئمة ؛ قال ابن يونس قال مالك يمتنع⁽³⁾ : بعه ولك من كل درهم كذا إذا لم يسم ثمننا ، فإن قال إن بعته⁽⁴⁾ بعشرة فلك من كل درهم سدسه جاز ، فإن باعه بأكثر ، فليس له إلا

(1) كلمة (له) ساقطة في د .

(2) الطريق : د ، الصديق : ي .

(3) يمتنع : د ، يمنع : ي .

(4) بعته : د ، بعث : ي .

سدس العشرة ، كأنه قال بعه بعشرة ولك سدسها ؛ ولو قال فما زاد فبحسابه ، فسد للجهالة ؛ ويمتنع بيعه بأقل من عشرة ، لأنه الشرط ؛ وإذا قال لك من كل درهم سدس فباع فله جعل مثله ، لبطلان العقد ؛ ولو قال لك الجعل بعتة أم لا ، قال ابن حبيب يمتنع ، لأنها إجارة فاسدة وله أجره مثله ؛ قال محمد كل جعل فاسد ففيه إجارة المثل .

قاعدة : العقود المستثنيات من أصول اذا فسدت هل ترد الى صحيح نفسها فيما يستحق لانه الاصل، أو صحيح أصلها لأن الشرع استثنى الصحيح من ذلك الأصل اذا كان شرعيا ، والفاسد لم يستثن فيرد الى الأصل الأول المستثنى منه⁽¹⁾ ، وهذا كفاسد المساقاة والقراض ، والجمالة فيها قولان ، قال ابن يونس يمتنع⁽²⁾ اذا بعت فلك درهم ، والا فلك نصف درهم ؛ له أجره مثله باع أم لا ، وقيل ان باع فله أجر مثله⁽³⁾ . والا فلا شيء له لعدم العمل وفساد العقد .

فروع :

قال اللخمي يجوز السكوت على الجعل اذا كان معلوما عادة لتعيين النقد بالعادة .

فروع :

في الكتاب يجوز على كل دابة يشتريها دينار⁽⁴⁾ ، وله رد المال متى شاء ولا يضمه لأنه أمين .

(1) المستثنى منه : د ، والمستثنى منه كذلك : ي .

(2) يمتنع : د ، يمتنع : ي .

(3) عبارة : (باع أم لا ، وقيل ان باع فله أجر مثله) ساقطة في د .

(4) الملوثة م 4 - ج 458 / 11 .

فرع :

في الكتاب ان جثني بالعبدین الآبقین فلك دينار يمنع ، ⁽¹⁾ فإن أتى بأحدهما فله أجرة المثل ⁽²⁾ ، وقال ابن نافع نصف دينار نظرا ⁽³⁾ للرضى بالتسمية ؛ قال اللخمي وقال أشهب يقسم على قدر القيم يوم الإباق ، لأن الجعل انما يدل على ما يعرف منه يوم الإباق، والمشهور أبين؛ لأنهما لم يدخلا على أن الجعل على العدد أو القيم، ولو جعلاه على القيم لفض، أو على العدد لقسم نصفين وهو أخف من جمع الرجلين سلعتهما ؛ وان قالوا يوم الوجود فسد اتفاقا ، للجعل بحالة ⁽⁴⁾ الوجود حينئذ ؛ ولو سمي لكل عبد جعلًا مختلفًا على قدر قيمته والمجوع له يعرفه جاز ، والا فقولان لمالك ورجع للمنع ؛ لأنه قد يقبض ⁽⁵⁾ أحد العبدین ويكون المراد غيره ، فان استوى الجعل واختلت القيم فله قولان ايضا ؛ قال ابن يونس قيل انما يجوز الجعل على الأعداد لا على القيم ، فعلى هذا تجوز المسئلة، لان حصّة من يأتي به معلومة ، والخلاف انما يجري حيث أبهم اللفظ: لو قال ان جثت بهما فلك دينار والا فلا شيء لك امتنع اتفاقا ، لثلا يبقى للجاعل ما ينتفع به؛ وأجاز مالك : لك في كل ثوب تبعه درهم ، ومنع في كل دينار ⁽⁶⁾ درهم؛ وأجاز في كل آبق يأتي به دينار اذا سمي عددهم . وقال ابن يونس لا تشترط التسمية .

فرع :

قال اللخمي يجوز الجعل مضمونا ويمتنع ضرب الأجل ، لأنه قد يحل قبل وجود الآبق ؛ فان جعلًا مبدأ الأجل بعد وجوده جاز ، فإن كان الجعل عيناً

(1) كلمة (يمنع) ساقطة في د .

(2) المدونة م 4 - ج 458 / 11 .

(3) كلمة (نظرا) ساقطة في ي .

(4) بحالة : د ، بجعالة : ي .

(5) يقبض : د ، يقصد : ي .

(6) كلمة (دينار) ساقطة في د .

معينة امتنع ، وللجاعل الانتفاع بها ويغرم المثل اذا أتى بالعبد ؛ وان كان مكثرا
أو موزونا لا يخشى تغييره الى وجود الآبق أو ثوبا جاز ويوقف ، وان خشى
تغييره كالحيوان امتنع للغرر .

فرع :

في الكتاب يجوز حصاد الزرع وجد النخل والزيتون بنصفه ⁽¹⁾ وليس له
تركه ⁽²⁾ ، لأنها إجارة وبيع نصفه ان قال افعل ولك ذلك ؛ وان قال فما
حصدت فلك نصفه فهو جعل ، وله الترك متى شاء ومنع غيره هذا التوهم ⁽³⁾
لجهالة في المعلوم والمأخوذ ؛ ويمتنع ⁽⁴⁾ : فما حصدت اليوم فلك نصفه ، لا تمتنع
بيع ذلك ، الا أن يشترط الترك متى شاء ، بخلاف ضرب الأجل ؛ ويمتنع
انفض الشجر بنصف ما ينتفض ⁽⁵⁾ للجهالة ، ويجوز انفضه كله ولك نصفه ،
لجواز بيع نصفه ؛ قال صاحب التنيهاستدل بعضهم بحصاد الزرع بنصفه على
جواز بيعه محصودا ، وهي رواية أشهب عن مالك؛ ورواية ابن القاسم المنع وليس
كذلك ، لأنه وجب له بالعقد لا بالحصاد ، لأن الهالك منه قبل الحصاد وبعده
من الأجير ، وهو باع منافعه بنصف الزرع ، فهو يحصد لنفسه وذلك النصف هو
المبيع قائما لا محصودا ؛ قال صاحب النكت قال ابن القاسم إذا حصده أو نفذه
فاحترق، فمنها وعليه حصدمثل بقي عليه . قال ⁽⁶⁾ سحنون عليه قيمة نصف الزرع
دون حصاد مثل ⁽⁷⁾ نصفه ، لأن الزرع يختلف ؛ ولو قال فما حصدت فلك

(1) المدونة : م 4 - ج 459 / 11 .

(2) تركه : د ، تركها : ي .

(3) التوهم : د ، التوجه : ي .

(4) ويمتنع : د ، ويمتنع : ي .

(5) ينتفض : د ، بنفض : ي .

(6) قال : د ، وقال : ي .

(7) كلمة (مثل) ساقطة في ي .

نصفه ، وضمان⁽¹⁾ ما حصده منه وما لم يحصد من ربه ؛ ولا يتبع أحدهما الآخر بشيء ، لأنها جعالة ؛ ولو قال احصده وادرسه وصفه ولك نصفه ، فهلك بعد حصاده فضمانه كله من ربه ، وللأجير أجره مثله لفساد الإجارة . قال ابن يونس عن مالك منع : ما لقطت اليوم فلك نصفه - وإن اشترط الترك متى شاء . قال اللخمي يتمتع احصده وادرسه ولك نصف ما يخرج ، لأن الخارج مجهول بخلاف على النصف ، لأن النصف الآن على هيئته وهو شريك يحصد ويدرس لنفسه .

فرع :

قال ابن يونس قال عبد الملك إذا حملت الدابة قبل عمل فيها ثم طلبت الجعل يتمتع ، لأنها صارت أمانة والأمانة لا يؤخذ عليها جعل .

فرع⁽²⁾ :

في النواذر تجوز المجاعة على بناء طاحون وله نصفها ، وعلى اصلاح القناة سنة ، وعلى بناء الدار بصفة معلومة بسكانها سنة ، لأن ذلك متقارب عادة .

النظر الثاني : في أحكامها ، وفي الكتاب هي على الجواز للمجاعل⁽³⁾ الترك متى شاء⁽⁴⁾ وفي الجواهر هي⁽⁵⁾ جائزة من الجانبين ما لم يشرع في العمل كالقراض ، ولأنها معلقة على شرط فأشبهت الوصية ، فإن شرع فمن جانب الجاعل خاصة . وحكى اللخمي قولين آخرين : أنها تلزم بالقول في حق الجاعل خاصة دون المجعول له ، وأنها كالأجارة تلزمها بالقول ، وبالجواز من الجانبين قال (ش) .

قال ابن يونس في كتاب ابن حبيب : تلزم الجعالة بالعقد قبل العمل ، ولا تلزم

(1) وضمان : د ، فضمان : ي .

(2) هذا الفرع برمته ساقطة في ي .

(3) للمجاعل : د ، وللمجاعل : ي .

(4) انظر المدونة : م 4 - ج 11 / 412 .

(5) كلمة (هي) ساقطة في ي .

المجعول له .

قاعدة : العقود قسمان ، منها ما يستلزم مصالحها التي شرعت لأجلها ، فشرعت على اللزوم - كالبيع ، والهبة ، والصدقة ، وعقود الولايات ؛ فإن التصرف المقصود بالعقد يمكن عقيب العقد ، وهذا القسم هو الأصل ، لأن الأصل ترتب الأحكام على أسبابها ؛ ومنها ما لا يستلزم مصلحته كالجعالة ، فإن رد الآبق قد يتعذر فشرعت على الجواز ولكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد على نفسه ، لئلا يلزمه ما لا يتعين مصلحته ؛ ومن هذا القسم القراض .

نظائر : قال أبو عمران خمس مسائل لا تلزم بالعقد : الجعالة ، والقراض ، وقال ابن حبيب يلزم ؛ والمغارسة ، والوكالة ، وتحكيم الحاكم ما لم يشرعا في الحكومة ، وقيل يلزمها .

فرع :

قال ابن يونس قول مالك للمجعول له الترك متى شاء ولا شيء له ، معناه إلا أن ينتفع الجاعل بما عمل مثل حمل خشبة الى موضع فيتركها في بعض الطريق ، أو حفر بئر فيحفر بعضها فيستأجر المالك على الباقي فيكون للثاني أجره وللأول بقدر ما انتفع الجاعل ، ويحيط عنه من أجره الثاني لئلا يكون أكل المال بالباطل ؛ وفي المستخرجة لو كان جعل⁽¹⁾ الأول خمسة وبلغها النصف وأجرة الثاني عشرة فللأول عشرة لفعله مثل الثاني ؛ قال وفيه نظر ، فإن الجعل يجوز مع الغبن والإجارة قد تغلو بعد ذلك .

فرع :

قال مالك الجاعل على البيع والشراء ليس عليه ضمان الثمن ولا السلعة ، لأنه كالوكيل وله جعله ان ضاعا .

(1) الأول : د ، من الأول - بزيادة (من) : ي .

فرع :

قال قال ابن القاسم الجعل على البيع ثلاثة أقسام: يسمى الجعلا والشمس، ولا يسميهما، ويقول بع بما رأيت وان لم تبع فلا شيء لك منها فهذان جائزان، والثالث: بعته أم لا فلك درهم يمتنع إلا بضرب الأجل، لأنه إجارة؛ فان قال فان لم تبع، فلك أقل من درهم، امتنع للجعل بالجعل.

فرع :

قال إذا قال لا تبع إلا بإذني فسد للحجر ، والأشبه رده للإجارة الفاسدة، كان المطلوب الإشهار فقط؛ فإذا وصل القيمة، فله أجر مثله، لان المقصود قد حصل ؛ وان أشهر بعد الإشهار وفطن به ففسخ ، فهل له بقدر عمله أو لا شيء له بناء على أنها إجارة فاسدة أو جعالة ؛ قال اللخمي اذا أدركت الجعالة الفاسدة قبل الشروع فسخت⁽¹⁾ أو بعده مكن من التمادى على القول بأن الجعالة الفاسدة ترد إلى الجعالة الصحيحة دون الإجارة ، لان فسخها قد يذهب بعمله باطلا ؛ وان رددناها للإجارة فله من الأجرة بقدر عمله ، والاول أحسن ، فلا يمنع من التمادى ؛ فإن أتى من الثمن بما تباع به فله جعل المثل باع الجاعل أم لا ، والا فلا شيء له ؛ فإن سمي ثمناً فوصله استحق والا فلا .

فرع :

قال اللخمي قال مالك نفقة الآبق على المجهول له وله الجعل فقط ، لان الجعل قبالة إحضاره مكفي المثونة وقاله (ش) : ولو قال اذا لم آت⁽²⁾ به فلي⁽³⁾

(1) فسخت : د ، فسخت الإجارة - بزيادة (الإجارة) : ي .

(2) آت : د ، يأت : ي .

(3) فلي : ي ، قبل : د .

النفقة. ففاسد؛ فان جاء به فجعل مثله ، والا فلا شيء له - قاله ⁽¹⁾ ابن القاسم؛ وقال أيضاً إن لم يجده فأجرة المثل، فردّه إلى الإجارة الفاسدة لما جعل له شيئاً ثابتاً على كل حال .

فرع :

قال إن هرب الآبق في الطريق أو ليلة قدومه على سيده ، سقط الجعل والنفقة ، لعدم التسليم وقاله (ش) .

فرع :

في الكتاب اذا جعل في عبده لرجل عشرة ثم لآخر خمسة ⁽²⁾ فأتيا به ، فالعشرة بينهما أثلاثاً ⁽³⁾ . لأنها بنسبة الخمسة إلى العشرة وهو قد رضي بالعشرة ؛ قال ابن نافع لكل واحد منها نصف جعله ، لأنه الذي رضي به ويقع التشطير بالمناجمة ؛ قال صاحب النكت ⁽⁴⁾ ان جعل لاحدهما عرضاً وللآخر عشرة فعلى قول ابن نافع لصاحب العرض نصفه ، وللآخر نصف العشرة ؛ وعلى قول ابن القاسم يقوم العرض فإن ساوى خمسة فلصاحب العشرة ثلثا العشرة ونحوه الآخر بين ثلث العشرة او ما قابلي ذلك من العرض وهو ثلثا ذلك العرض .

فرع :

قال ابن يونس اذا تعيب العبد قبل الوصول عيباً لا يساوى الجعل ، او قبل وجدانه ؛ قال مالك له الجعل كاملاً ، لأنه أتى به ، وكذلك الاستحقاق

(1) قاله : ي ، وقال : د .

(2) عشرة ثم لآخر خمسة : ي ، خمسة ثم لآخر عشرة : د ، وما في ي هو الموافق للكتاب .

(3) المدونة م 4 - ج 11 / 459 .

(4) كلمة (النكت) ساقطة في د .

وظهور الحرية ؛ وقال أصبغ لا شيء له في الحرية الاصلية ، لأنه غيز المجعول عليه ؛ قال محمد ويرجع في الاستحقاق على المستحق بالأقل من ذلك او جعل مثله ، لأن من أتى بآبق له جعله ؛ قال اللخمي قال ابن القاسم لا شيء على المستحق بأقل من ذلك⁽¹⁾ ، قال وهو الأقيس⁽²⁾ ؛ إلا إن كان المستحق يطلبه بنفسه .

فرع :

قال اللخمي اذا هرب الآبق منه فترك العمل فجاء على غيره بعد عوده إلى موضعه الذي أخذ منه ، أو قريب منه لم يكن للأول شيء ، وان أخذه في الموضع الذي وصل اليه الأول⁽³⁾ ، أو قريب منه وقد جعل للثاني جعل موضع الهرب ، فللأول بقدر ما انتفع سيده؛ وان جعل للثاني طلبه حيث يجده - قرب أو بعد⁽⁴⁾ وكان الجعل فيه الآن مثل الجعل الأول لم يكن للأول شيء وان كان الثاني أقل ، لأنه لا يطلبه إلا في الموضع القريب، والاول بقدر ما انتفع قاله ابن القاسم .

فرع :

في الجواهر من أخذ آبقاً فأرسله عمدا ضمنه ، لأنه متلف لمال معصوم .

فرع :

قال فإن أتلّف منه قريبا فجاء به آخر ، قال مالك الجعل بينهما .

-
- (1) جملة (بأقل من ذلك) ساقطة في د .
 - (2) جملة (قال : وهو الأقيس) ساقطة في ي .
 - (3) كلمة (الأول) ساقطة في د .
 - (4) قرب أو بعد : د ، قريب أو بعيد : ي .

فرع :

قال تجوز الزيادة والنقصان في الجعل قبل فراغ العامل .

فرع :

قال ان أنكرت سعي العامل في الرد صدقت لأن الأصل عدم السعي ، او نتازعتا في مقدار الجعل تحالفتا وله جعل المثل .

تنبيه ⁽¹⁾ :

قال تردد بين الجعالة والإجارة الطيب على البرء، وتعليم القرآن، واستخراج المياه من الآبار والعيون، والمغارة، وكراء السفن؛ وكذلك اختلف هل هي على البلاغ كالجعالة أم لا، وهذا التردد منشأ الخلاف في هذه الفروع.

فرع :

في النوادر لو جعل على تقاضي الغريم فأبرأه أو أخره بعد شروع المجاعل في التقاضي، او جعل في آبق فأعتقه بعد الشروع ، فللمجاعل الجعل ⁽²⁾ ، لأن المنع من قبل المجاعل وان لم يشرع فلا شيء له .

(1) فرع : د ، تنبيه : ي - ولعلها أنسب .

(2) الجعل : د ، كل الجعل - بزيادة (كل) : ي .

كتاب القراض

وفيه مقدمتان وبابان ، المقدمة الأولى في لفظه ، وله اسمان : القراض ، والمضاربة ؛ أما لفظ ⁽¹⁾ القراض فقال صاحب العين أقرضت الرجل إذا أعطيته ليعطيك ، فالمقارض يعطى ⁽²⁾ الربح كما يعطى المقترض مثل المأخوذ . وقال ⁽³⁾ غيره هو من المقارضة وهي المساواة ، ومنه تقارض الشاعران : إذا استويا في الإنشاد ، لأنها يستويان في الانتفاع بالربح ؛ وقيل من القرض الذي هو القطع ، ومنه قرض الفأر الثوب لأنك قطعت من مالك له قطعة ، وهو قطع لك جزءا من الربح الحاصل بسعيه ؛ ويسمى مقارضا ، مع أن المفاعل لا يكون الا من المفاعلة التي لا تكون إلا من اثنين نحو المحاصمة والمضاربة ، إما لأن كليهما يساوي صاحبه في الربح ⁽⁴⁾ ، ويقطع له مما تحت يده ؛ او لاشتراكهما في العقد على سبيل المجاز من باب التعبير بالمتعلق ⁽⁵⁾ ، أو هي من الصيغ التي لا تقتضي الشراكة ، نحو المسافر ، وعافاه الله ، وطارقت النعل اذا جعلته طاقا على طاق ؛ فأما ⁽⁶⁾ لفظ المضاربة ، فإما ⁽⁷⁾ ان كليهما ⁽⁸⁾ يضرب في الربح بنصيب ، وإما من الضرب في الأرض الذي هو السفر ؛ ومنه قوله تعالى ﴿ وآخرون يضربون في الأرض

(1) كلمة (لفظ) ساقطة في ي .

(2) يعطى : د ، يعاطى : ي .

(3) قال : د ، قال : ي - ولعلها أنسب .

(4) في النسختين (كلاهما) - ولعله تحريف من الناسخ .

(5) بالمتعلق : د ، بالمتعلق عن المتعلق : ي .

(6) فأما : د ، وأما : ي .

(7) فإما : د ، فهو إما : ي .

(8) كليهما : د ، كليهما : ي .

يبتغون من فضل الله⁽¹⁾ . قال ابن عطية في تفسيره فرق بين ضرب في الأرض وضرب الأرض: أن الأول للتجارة . والثاني للحج والغزو والقربات ، كأن المسافر للتجارة منغمس في الأرض ومتاعها⁽²⁾ فقليل ضرب فيها وللمتقرب إلى الله عز وجل برىء من الدنيا فلم يجعل فيها ؛ ويسمى مفاعلة على أحد التأويلات المتقدمة في المقارض؛ والمقارض بالكسر: رب المال ، وبالفتح العامل ؛ والمضارب بالكسر ، العامل عكس الأول، لأنه الذي يضرب بالمال؛ قال بعض اللغويين وليس لرب المال اسم من المضاربة بخلاف القراض .

المقدمة الثانية في مشروعيته، وأصله من الكتاب قوله تعالى ﴿وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾⁽³⁾ ، وهو بيع منافع بجزء من الربح؛ ومن عمل الصحابة - رضوان الله عليهم - ما في الموطأ أن عبدالله وعبيدالله ابني عمر رضوان الله عليهم خرجا في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة - فرحب بهما وسهل، ثم قال لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به، ثم قال بلى ههنا مال من مال الله تعالى أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما الربح؛ فقالا ودنا، ففعل⁽⁴⁾ وكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال؛ فلما قدما، باعا فأربحا؛ فلما دفعا ذلك إلى عمر، قال عمر أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قال لا؛ فقال عمر أبناء أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه. فأما عبدالله فسكت، وأما عبيدالله فقال ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا؛ لو نقص المال أو هلك لضمنناه، فقال عمر أدياه، فسكت عبدالله وراجعه عبيدالله؛ فقال رجل من جلساء عمر يا أمير

(1) الآية : 20 من سورة الزمل .

(2) كلمة (ومتاعها) ساقطة في د .

(3) الآية : 275 - من سورة البقرة .

(4) فعل : د ، فعلا : ي .

المؤمنين لو جعلته قراضاً؟ فقال عمر قد جعلته قراضاً؛ فأخذ عمر المال ونصف ربحه، وأخذ أبنائه نصف الربح⁽¹⁾؛ ويقال الرجل عبد الرحمان بن عوف. سؤال كيف يمكن جعله قراضاً بعدما كان قرضاً، وإلزام ذلك في القرض خلاف الإجماع وأكل المال بالباطل؛ لأن الربح ملك للمقترض إجماعاً، فأخذه منه⁽²⁾ غصب؛ جوابه قال الطرطوشي في سراج الملوك جعل عمر رضي الله عنه انتفاعهم بجاه العمل للمسلمين له نصف الربح، كأن المصلين ساعدوهما في ذلك؛ وهو مستنده في تشطير عماله في أموالهم فهو كالقراض. سؤال: أبو موسى حكم عدل وقد تصرف بوجه المصلحة، لأن المال يصير مضموناً في الذمة فهو أولى من بعثه على وجه الأمانة، مضافاً إلى إكرام من ينبغي إكرامه، فهو تصرف جامع للمصالح، فيتعين تنفيذه وعدم الاعتراض عليه؛ جوابه: أن عدم التعرض إنما هو بين النظر من الأمراء؛ أما الخليفة فله النظر في أمر نوابه وإن كان سداداً أو تقول كأن في هذا التصرف تهمة تتعلق بعمر بسبب أنه إكرام لابنيه، فأراد إبطالها والذب عن عرض الامامة بحسب الإمكان؛ وفي الموطأ ان عثمان بن عفان رضي الله عنه دفع قراضاً⁽³⁾ على أن الربح بينهما⁽⁴⁾، وقياساً على المساقاة التي هي مورد السنة بجامع الضرورة، إذ ليس كل الناس يقدر على تنمية ماله، وأجمعت الأمة عليه.

الباب الاول في أركانه، وهي خمسة :

الأول والثاني : المتعاقدان ، وفي الجواهر : لا يشترط فيهما إلا ما يشترط في الوكيل والموكل ، ولو قارض العامل بغير إذنك فهو متعد ، لأنك لم تؤمن

(1) انظر الموطأ ص : 479 - 480 - حديث : 1385 .

(2) كلمة (منه) ساقطة في د

(3) يعني دفعه للعلاء بن عبد الرحمان .

(4) انظر الموطأ ص 480 - حديث 1382 .

الغير ؛ ويجوز تعدد العامل والمالك بشرط توزيع الربح بين العمال بقدر الأعمال :
كتوزيع الأثمان على السلع .

فروع :

في الكتاب: للمأذون دفع القراض وأخذه⁽¹⁾ ، لأنه تجارة ولا يضمه
المأذون ؛ قال ابن يونس قال أشهب القراض إجارة⁽²⁾ فلا يأخذه كما لا⁽³⁾ يؤجر⁽⁴⁾
نفسه ؛ وإذا أخذ قراضا ، فالربح كخراجه ؛ لأنه بيع منفعه ، فلا يقضي منه دينه
ولا يتبعه⁽⁵⁾ إن عتق ؛ قال اللخمي فإن قارض غير المأذون فليس له الأثر من
المسمى أو قراض المثل ، أو أجرة المثل⁽⁶⁾ ، لرضاه بالمسمى أو استيفاء المنفعة .

فروع :

في الكتاب لك مقارضة عبدك وأجيرك⁽⁷⁾ إذا كان مثل العبد ،⁽⁸⁾ لأنه
استيفاء منفعة ؛ ومنع سحنون الأجير ، لأنه فسخ⁽⁹⁾ دين في دين ؛ وللمكاتب أن
يضع ويدفع قراضا ويأخذه ، لأنه تنمية لماله ؛ قال صاحب التنيها قال ابن
ميسر منع سحنون ، لأن القراض أخف مما استأجر له فالحقها بمصلحة اشتراطها
العامل لنفسه ؛ وقيل معنى قول ابن القاسم إن الأجير⁽¹⁰⁾ باق على الخدمة ، وهو يتجر

(1) المدونة م 5 - ج 106/12 .

(2) القراض إجارة : د ، أما القراض - باسقاط (إجارة) : ي .

(3) كلمة (لا) ساقطة في ي .

(4) يؤجر : د ، يواجر : ي .

(5) يتبعه : د ، يبيعه : ي .

(6) كلمة (المثل) ساقطة في ي .

(7) وأجيرك : د ، أو أجيرك : ي .

(8) المدونة : م 5 - ج 107/12 .

(9) كلمة (فسخ) ساقطة في د .

(10) عبارة (ان الأجير باق على الخدمة . . . سلعته ابتاعها) : ساقطة في ي .

في خلالها اذ وجد سلعة ابتاعها؛ وقال يحيى بن عمر: ان استأجره ليتجر له ، جاز القراض ، لأنه من المنفعة الأولى ؛ وللخدمة امتنع ، أو ليقارضه امتنع أيضاً ، لأن عمل القراض غير منضبط ؛ وقيل معنى قول ابن القاسم انه ملك جميع خدمته ، فصار كالعبد ؛ وما استأجره⁽¹⁾ فيه بعضه عمل القراض وهو نحو قول يحيى ؛ قال صاحب النكت قيل معنى قول ابن القاسم⁽²⁾ ان كان مثل العبد أنه استأجره ليجنيه بالغلة ولم يؤت عليه ما يأتيه به ، بل يتخير بالسوق⁽³⁾ فلم ينقله بالقراض من عمل الى عمل، بل أسقط عنه بعض الربح؛ ولو كان عملاً بيعه كالبناء امتنع كما قال سحنون.

فرع :

في الكتاب للعامل لأخذ قراض من رجل آخر إن كان لا يشغله عن الأول⁽⁴⁾ ، لأنه مالك لمنافع نفسه، والا فلا لالتزامه مقتضى العقد الأول ؛ وجوزه (ش) مطلقا كالوكالة، ومنعه أحمد مطلقا صونا للعقد الاول عن الخلل .

فرع :

في الكتاب لا أحب مقارضة من يستحل الحرام ، او لا يعرفه - وان كان مسلماً ؛ قال اللخمي أما الجاهل بالصرف وبيع الطعام قبل قبضه ونحوهما فيتصدق بالربح غير من جبر، إلا أن يعلم أنه عمل بذلك فيجبر على الصدقة بالفضل لفساد العقد ؛ وان توقع تجره فيما لا يجوز بيعه استحب الصدقة برأس⁽⁶⁾ المال والربح ،

(1) استأجر : د ، استأجره : ي .

(2) قوله : د ، قول ابن القاسم : ي .

(3) بالسوق : د ، في السوق : ي .

(4) المدونة : م 5 - ج 106 / 12 .

(5) المصدر السابق : م 5 - ج 107 / 12 - 108 .

(6) برأس : د ، في رأس : ي .

فإن علم ذلك أجبر على التصديق بالجميع ، لأنه أخذه⁽¹⁾ فيما لا يقابل بالمال ، فالمال باق على ملك ربه .

قاعدة : الأموال المحرمة من الغصوب وغيرها اذا علمت أربابها ردت اليهم ، وإلا فهي من أموال بيت المال تصرف في مصارفه الأولى فالأولى⁽²⁾ من الأبواب والأشخاص على ما يقتضيه نظر الصارف من الامام أو نوابه أو من حصل ذلك عنده من المسلمين ، فلا تتعين الصدقة ؛ قد يكون الغزو⁽³⁾ أولى في وقت ، أو بناء جامع ، أو قنطرة ؛ فتحرم الصدقة ، لتعين غيرها من المصالح ؛ وانما يذكر الأصحاب الصدقة في فتاويهم في هذه الأمور⁽⁴⁾ ، لأنها الغالب ، وإلا فالأمر - كما ذكرته لك .

قاعدة : كل من فعل فعلا ، أو قال قولاً ، أو تصرف تصرفاً من المعاملات أو غيرها ، لا يجوز له الإقدام عليه حتى يعلم حكم الله تعالى في ذلك⁽⁵⁾ ؛ فان تعلم وعمل أطاع الله تعالى طاعتين بالتعلم الواجب وبالعمل ان كان قربة ، وإلا فبالتعلم فقط؛ وإن لم يتعلم ولم يعمل فقد عصى الله معصيتين بترك التعلم وبترك العمل ان كان واجبا ، وإلا فترك التعلم فقط؛ وان تعلم ولم يعمل ، أطاع الله تعالى بالتعلم الواجب وعصى بترك العمل ان كان واجبا ، والا فلا ؛ ونقل الاجماع على هذه القاعدة الشافعي رضى الله عنه في رسالته ، والغزالي في إحياء علوم الدين⁽⁶⁾؛ وهذا القسم هو من العلم فرض عين وهو علمك بحالتك التي

(1) أخذ : د ، أخذه : ي .

(2) الأولى فالأولى : د ، الأولى فالأول : ي .

(3) الصدقة : د ، الغزو : ي .

(4) الأجور : د ، الأموال : ي .

(5) في ذلك : د ، فيه : ي .

(6) انظر ج 2 / 64 .

أنت فيها، وعليه يحمل قوله عليه السلام طلب العلم فريضة على كل مسلم⁽¹⁾، وما عدا هذا القسم فرض كفاية؛ فلهذه القاعدة حرم على الجاهل كسبه الحرام كالعامد⁽²⁾. سؤال من شرب خمرًا يظنه خلا⁽³⁾ أو وطئ أجنبية يعتقد أنها مباحة، أو أكل طعاما نجسا يعتقد أنه طاهرًا يعذر بجهله في ذلك كله، وفي المعاملات وغيرها لا يعذر ويأثم؛ فما ضابط القسمين؟

قاعدة: الجهل قسمان، منه ما يتعذر الاحتراز منه غالباً أو فيه مشقة؛ فجعله الشرع عذراً لمن ابتلي به، وهو تلك المثل ونحوها؛ ومنه ما ليس كذلك فلا يعذر به، فالفحص عن طهارة المأكولات وحل كل عقد تناولها بعسر على الناس وكذلك سائر النظائر، والا فالأصل أن الجهل لا يجدي خيراً ولا يكون عذراً.

فروع:

في الكتاب أكره للمسلم أخذ قراض الذمي أو مساقاته للمزمة⁽⁴⁾ وليس يحرام⁽⁵⁾، وأباحه (ش)، لأنك تعمل بالحلال، وكره دفعك له، لأنه يعمل بالحرام؛ وأجازته مالك مساقياً أن كان لا يعصر حصته خمرًا. قال ابن يونس قال محمد إذا قارضت ذمياً عالماً⁽⁶⁾ به يفسخ قبل العمل ويمضى بعده حتى ينض المال فيفسخ، وإذا كان النصراني عاملاً ففسخ؛ قال سحنون إذا قارض نصراني نصرانياً فاشترى خمرًا فأسلم رب المال والخمر قائمة بيد العامل، فقال رب المال

(1) رواء ابن عدي في الكامل، والبيهقي في شعب الإيمان من حديث أنس بن مالك، انظر قبض القدير للمناوي 4/ 267.

(2) كالعامد: د، كالفاسد: ي.

(3) خلا: د، جلاباً: ي - الجلاب: العسل أو السكر.

(4) للمزمة: د، للذلة: ي.

(5) الملوثة: م 5 - ج 107/12.

(6) عالماً به: د، عاملاً له: ي.

قارضتك بمال فادفع الي مالي والخمر اكسرها ، يعطى للعامل قدر حصته من
الريح خمرًا ويراق ما يخص المسلم ؛ واذا كان النصراني عاملاً فاشترى خمرًا ،
هل يضمن لدخوله على بيعات المسلمين وقاله (ش) كأحد الروايتين في منع
المسلم امرأته النعمة من الكنيسة وشرب الخمر ، ولا⁽¹⁾ يكون متعدياً ، لقوله في
المدونة⁽²⁾ ولا يمنعها ، لأن ذلك في دينهم ، قال والأول أشبه ؛ لأنه متلف
للمال ، بخلاف الزوجة ؛ قال اللخمي واذا كان الذمي العامل يعصر نصيبه خمرًا
يختلف هل يفسخ أو يمضى ويباع نصيبه عليه اذا تم العمل ولو لم ينظر فيه حتى
تم ، لكان له المسمى ويباع ذلك المسمى .

فرع :

قال ابن يونس قال في الكتاب لا يعجني عمل الوصي بمال اليتيم مضاربة
للتهمة ، وليقارض له غيره ؛ فإن أخذه لنفسه بغير محاباة مضى ، وإلا رد إلى
قراض مثله.

الركن الثالث : رأس المال وشروطه ستة .

الشرط الأول: أن يكون نقداً وقاله (ش) و(ح) ففي الكتاب لا يجوز
إلا بالدنانير والدراهم دون الفلوس لأنها تبطل ، وعنه الجواز خلافاً لـ(ش)
(ح) : لأنها في معنى النقد ؛ ويمتنع⁽³⁾ بالعروض والمثل من المكيل والموزون للغرر
بتغير الأسواق عند المفاضلة ، لأنه يرد مثل ما أخذ فيذهب عمله مجانا بغلاء
السعر ، ورأس المال يرخسه ؛ فان وقع ، فله أجر مثله في البيع ، وقراض مثله
في التجر لفساد العقد ؛ قال ابن يونس ان نزل بالفلوس رد فلوسا مثله ، إلا أن
يشترط عليه صرفها دراهاً ويعمل بها ، فأجرة المثل وقراض المثل ؛ وعن مالك

(1) ولا : د ، لا : ي .

(2) المدونة : م 5 - ج 86/12 .

(3) ويمتنع : د ، ويمتنع : ي .

إجازته بها ابتداء . قال اللخمي للمالك في الحلّي الجواز والمنع ، لأن الصياغة عرض ؛ وهو أقسام ثلاثة : جائز⁽¹⁾ ان كانوا يتعاملون به ، وإلا فمكروه ان لم يتعذر المثل وإلا فممنوع ؛ وفي الفلوس أقوال ، ثالثها الكراهة لشبهها بالعروض والنقود اعتباراً للشبهين . قال صاحب المقدمات القراض بالعروض⁽²⁾ له أربعة⁽³⁾ أحوال ان جعل رأس المال فهو غرر ، او الثمن الذي يباع به فهو اشتراط منفعة لك من حمل مؤونة البيع او القيمة يوم الدفع كان يباع منك للعرض بتلك القيمة ؛ فان باعه بأقل جبره بالربح ، فهو غرر ؛ أو القيمة يوم التفاضل فهو يعمل برأس مال مجهول وتختلف هذه الوجوه على أصل ابن القاسم ، فله في الثاني أجرة مثله⁽⁴⁾ في البيع ، وقراض مثله في العمل⁽⁵⁾ ان لم يعثر عليه الا بعده ، وفي الثلاثة الأخر أجرة المثل ؛ قال التونسي بع لي هذه السلعة ولك في إجازتها كذا واعمل بشمها قراضا ، القياس المنع ؛ لأن القراض في حكم الجعل ، فلا يجتمع مع الاجارة على المشهور ؛ قال اللخمي القراض بالمثلثات والعروض ان جعل رأس المال ما تباع به امتنع ، لأنها إجارة بأجرة مجهولة ، وقراض في عقد ؛ إلا أن يكون ذلك يسيراً ويكون شأنه يعمل ذلك له من غير قراض ، أو يقول كلف من يبيع ويأتيك بالثمن ، فيجوز لعدم الاجارة ؛ وان باع العرض بعرض ثم ينقد ، فله أجرة مثله في العرضين ثم قراض مثله في⁽⁶⁾ وقت العين ؛ فإن قال له : بعه بالعين فباع بالعرض تعديا خير بين إجارة فعله فيكون كما تقدم ، او يضمه ويكون الربح والخسارة للعامل وعليه ؛ وله قراض المثل⁽⁷⁾

(1) جائز : د ، جائزا : ي .

(2) العروض : د ، العرض : ي .

(3) انظر ج 3 / 16 - 17 .

(4) مثله : د ، فان : ي .

(5) ان : د ، فان : ي .

(6) من : د ، في : ي .

(7) المثل : د ، مثله : ي .

فيما عمل⁽¹⁾ فيه بعد بيع الثاني إلا أن يكون الثمن الذي يبيع به الثاني أكثر من قيمة الأول فيكون ربح الزائد وخسارته له وعليه ؛ وقال ابن حبيب رأس المال قيمة الأول اذا لم يأمره أن يبيع بعين فباع بعرض ، وان أمره بالعين فرأس المال الأكثر من قيمة الأول وثمان الثاني ، وله الاجرة في بيع الاول دون الثاني ، لأنه مُتَعَد ؛ قال اللخمي جعله الاجرة له مع جعله رأس المال قيمته لا وجه له ، لأن القيمة قبل البيع ، فالبيع داخل في عمل القراض .

فرع مرتب :

في الكتاب أكره شراؤه من رب المال سلعة لرجوع رأس المال وصار القراض بهذا العرض⁽²⁾، قال ابن يونس وعنه إباحته ؛ واذا اشترى منه لنفسه لا للتجارة ، جاز قاله⁽³⁾ اللخمي ؛ ويجوز لك بيع عروض من العامل للقراض بالنقد ، وكرهه مالك بالنسيئة وان باع⁽⁴⁾ كأنه أخره ليرضخه فيه⁽⁵⁾ . وفي المنتقى إذا اشترى منك عروضاً بمال القراض للقراض⁽⁶⁾ كرهه مالك حذراً من مغابنته لك، وعنه التخفيف قياساً على الأجنبية⁽⁷⁾ ؛ وان باع منك بعرض قبل التفاضل ، جوزه يحيى بن سعيد ومنعه مالك ؛ وبعد التفاضل يجوز نقداً ويمتنع⁽⁸⁾ نسيئة عند مالك خشية الربا ، وجوزه ابن القاسم برأس المال فأقل ، ويمتنع الى أجل بأكثر من رأس المال لقوة التهمة ؛ قال اللخمي إن باعه بالنسيئة فسخه ابن القاسم وألزم

(1) عمل فيه : د ، يتجره : ي .

(2) المدونة : م 5 - ج 124 / 12 .

(3) قاله : د ، قال : ي .

(4) جملة (وان باع) ساقطة في د .

(5) كلمة (فيه) ساقطة في د .

(6) كلمة (للقراض) ساقطة في ي .

(7) انظر ج 5 / 153 .

(8) ويمتنع : د ، ويمتنع : ي .

القيمة عند الفوت معجلة ، وأجازه يحيى بن سعيد ابتداءً؛ فإن غاب العرض، امتنع اتفاقاً خشية خسارة رأس المال فيؤخره فيتوقع البيع والسلف .

الشرط الثاني : أن يكون معلوماً ليعلم الريح وما يرد عند الانفصال ، وفي الجواهر يتمتع بصبرة دراهم .

الشرط الثالث : أن يكون مسكوكاً ، ففي الكتاب يمتنع⁽¹⁾ بالنقار⁽²⁾ وقاله (ش و ح) ، لاحتياجها للتصرف فيها قبل عمل القراض كالعرض ؛ قال ابن يونس قال محمد إذا نزل بالنقار أمضي بعد العمل، وأمضاه أصبح قبله لقوة الاختلاف ؛ قال ابن حبيب يرد مثلها عند المفاصلة إن عرف الوزن ، والا فلا بيعت به والعدد الخارج من ضربها ، إلا أن يكون قال له بعها أو استصرفها فما باعها به أو ما حصل في الصرف عرف وزنها أم لا ، لأنه الذي قدر⁽³⁾ رأس المال؛ وللعامل أجرته في الصرف والضرب ان كان له مؤونة وله قراض المثل، وأجازه ابن القاسم في البلد الذي يجري فيه التبرؤ وليس خلافاً للمدونة ، لأنها حينئذ كالنقدين ، قال اللخمي في النقار أقوال للمالك ثالثها الكراهة .

الشرط الرابع : أن يكون خالصاً ، فإن المغشوش فيه عرض وقاله (ش) ، وقال (ح) : إن كان الغش النصف فأقل جاز ، لأنه تبع ، وإلا فلا؛ وفي الجواهر استثنى القاضي أبو الوليد المسكوك منها في بلد يكون التعامل فيه بها ، لأنها هناك أصول الأموال ؛ واتفق الأصحاب على تعلق الزكاة بعينها ، وهو دليل اعطائها حكم الخالص .

الشرط الخامس : أن يكون مسلماً ، ففي الكتاب يمتنع جعل وديعتك عنده أو دينك عليه قراضاً⁽⁴⁾ ، لئلا يزيدك بتأخير الدين ، ولعله أنفق الوديعة فتصير

(1) يمتنع : د ، يمنع : ي .

(2) المدونة : م 5 - ج 87 / 12 .

(3) قدر : د ، بقي : ي .

(4) يمتنع جعل وديعتك : د ، جعل وديعتك . . . فممنوع : ي .

ديننا⁽¹⁾ ؛ قال اللخمي القراض بالدين جائز اذا كان على موسر حاضر غير ملد ويتيسر اجتماع العامل به كأنه قبض المال منك ؛ فإن⁽²⁾ كان على غائب يخرج لطلبه فهو في معنى الإجارة والقراض ، فيمنع للجهالة بالأجرة ، لأنها بعض الربح ؛ وان كان الدين عليه فأحضره واستشهد وبرئ من ضمانه ، جاز أخذه قراضا ؛ فان عمل قبل الإشهاد فالربح والخسارة له وعليه استصحابا لحكم الدين قاله مالك ، وقال أشهب الربح بينهما ، فعلى هذا تكون الخسارة منك ؛ واذا كان المودع لا يتصرف في الودائع جاز جعلها قراضا ، او كانت مما لا يتصرف فيها غالبا كالعرض جاز اذا قال كلف من يبيعه - والتمن قراض ؛ وان كانت عينا وهو ممن يتسلف ، منع إلا بعد إحضارها ؛ فان عمل قبل ذلك وادعى ضياعا أو خسارة صدق ، لأنه اما مودع او عامل ؛ وكلاهما أمين يصدق الا أن يتهم بأن يعلم انه تسلفها وهو متهم⁽³⁾ على ذلك فيصدق بالربح ، وان كان شأنه التصرف في الودائع لا يصدق في الضياع للتهمة ؛ وجوز (ش) الوديعة من غير تفصيل ، لأن يده يدك .

فروع :

في الكتاب يمتنع اصرف هذه الدنانير ثم اعمل بها⁽⁴⁾ او اقبض من غريمي ديننا واعمل به ، فان فعل فله أجرة الصرف والتقاضي وقراض المثل⁽⁵⁾ ؛ قال صاحب التنيهاة هذا اذا كان الصرف له بال ، واذا كانت معاملة البلد بالدراهم ويصرفها ليشتري بالدراهم جاز ، لأنه نوع من التجرة ؛ قال اللخمي اذا دفعها

(1) المدونة : م 5 - ج 88/12 .

(2) فان : د ، وان : ي .

(3) متهم : د ، يتهم : ي .

(4) بها : د ، فيها : ي .

(5) المدونة : م 5 - ج 88/12 .

ليصرفها بالدرهم ويكون رأس المال الدرهم⁽¹⁾ ويكون بيعها بالدرهم من جنس النظر جاز، وإن كان ليكون رأس المال الدرهم منه ابن القاسم وأجازه أشهب أن كان أجيراً لبيع الشيء اليسير ، والا فلا إلا أن يكون لا يتولى بيعاً بل يجلس عند من يتولى ذلك فيجوز . قال⁽²⁾ صاحب المتقى قال مالك إذا لم يحضر الدين فليس لك إلا رأس مالك أو أحضره ولم تقتضه⁽³⁾ فالمشهور المنع وقاله (ش).⁽⁴⁾ وقال عبد الوهاب إذا أحضر الغاصب الدرهم وقلت لا أقبضها اجعلها قراضاً يجوز ، فيجوز في الدين⁽⁵⁾، ويحتمل الفرق بأن يكون الغاصب أحضر المال تبرعاً والمديون اتفق معك على الإحضار؛ فلو تبرع كان كالقبض فان نزل فلك الدين⁽⁶⁾ فقط قاله مالك، لأن القبض يفتقر إلى نقد ووزن ولم يتفق فلا قبض ؛ وقال أشهب يمضي ، لأنه لما أحضره علمت براءته ؛ وأما الوديعة فكرها ابن القاسم حتى يحضرها ، وكرها ابن حبيب من غير الثقة ، وجوزها محمد ؛ فإذا نزل ، فالرجح بينكما على الأقوال الثلاثة ؛ ولو أحضرها انتفت الكراهة ، وكذلك المرتهن لنفسه أو لغيره .

نظائر : قال العبدى يخرج المال من الذمة إلى الأمانة في ثمان مسائل : إذا عزل عشر زرعه في بيته فضاع ، ضمن الا أن يشهد على ذلك البينة ؛ وقال الخزومي لا ضمان عليه ، وإذا قلت كل في طعام السلم في غرائرك أو بيتك ثم قال ضمن الا أن تشهد البينة عند ابن القاسم ؛ وإذا أمرته بالانفاق على مرمة دراك من الكراء ، صدق إذا ظهر ما يصدقه ، والا فلا ؛ وقال غيره لا

-
- (1) عبارة : (ويصرفها ليشترى بالدرهم . . . ويكون رأس المال الدرهم) ساقطة في د .
 - (2) قال : د ، وقال : ي .
 - (3) تقتضيه : د ، تقتضيه : ي .
 - (4) انظر ج 5 / 155 .
 - (5) الدين : د ، الدين بالدين : ي .
 - (6) كلمة (الدين) ساقطة في د .

يصدقه إلا البينة ، وإذا باعه سلعة بضمن على أن يتجر به سنة ، جاز إذا أخرجه من ذمته بينة ، وقيل يصدق بغير بينة ؛ وإذا قلت اشتري بالدين الذي عليك عبدا ، فقال فعلت وأبق ، صدقه ابن القاسم ؛ أو قلت اعمل بديني قراضا ، منعه ابن القاسم وجوزه أشهب ؛ وإذا قال انفقت الوديعة ورددتها موضعها ، فأقوال ثالثها يصدق بالبينة والخروج من الامانة كالوديعة تجعل قراضا والخروج من الامانة الى الذمة كالمودع يقترض او العامل أو الوكيل أو الشريك .

فرع :

قال الأبهري يجوز إن احتجت (إلى فضل⁽¹⁾) ، فإذا اشتري بأكثر فأخذ الفضل جاز ؛ وإن قال هذا مال القراض كلما اشتريت دفعت لك⁽²⁾ امتنع ، لأنه لم يأت منه⁽³⁾ .

الشرط السادس : أن يكون معينا ، قال في الجواهر احترازا من القراض على دين في الذمة وجعل هذا الشرط مع شرط التسليم شرطا آخر⁽⁴⁾ .

الركن الرابع : العمل . وهو عوض الربح⁽⁵⁾ في الجواهر : شروطه ثلاثة : ان يكون تجارة غير مضيق بالتعين أو التأقيت ، فالاول احتراز من الطبخ والخبز وغيرهما ، فإنها إجارة فاسدة ؛ والتحديد بيع بعض السلع أو زمان معين تحجير يخل بحكمة القراض ، لاحتمال ألا تساعد الأسواق في تلك السلعة أو ذلك الزمان ؛ وفي الكتاب يمتنع اشتراط عمل يد العامل الخفاف أو الصياغة ، وإن ترك كان أجيرا والربح والخسارة لك وعليك⁽⁶⁾ . قال اللخمي اذا نزل أربعة أقوال : ما تقدم ،

(1) ما بين القوسين بياض في د ، ومحو في ي لا يكاد يبين ، فقرأته هكذا (إلى فضل) .

(2) لك : د ، إليك : ي .

(3) يأتته : د ، يأتته : ي .

(4) في ي ، وهو آخر الجزء .

(5) في الجواهر : د ، وقال في الجواهر : ي .

(6) المدونة : م 5 - ج 89/12 .

وقال أشهب أجرة المثل⁽¹⁾ فيما عمل وفيما سوى ذلك على قراض مثله ؛ وعن مالك له سوى عمل يده الأقل من المسمى أو قراض المثل ، لوجود السببين ؛ وقال ابن وهب هما على قراضهما ولا أجرة وصنعتة كتجره وسفره ؛ قال وأرى أن يكون شريكا بصنعتة ويفض ذلك بعد البيع ، فما قابل الصنعة فله ، او المصنوع فلك على القراض له فيه الأقل من المسمى أو قراض المثل ؛ فإن اشترى بعد ذلك كانت الشركة بينكما على قدر الشركة في الثمن الذي بيع به . قال ابن يونس قال يحيى بن عمر هو أحق بما عمل من الغرماء حتى يأخذ أجرته فيما عمل دون القراض .

فرع :

في الكتاب يمتنع اشتراط عملك معه لأنه يوجب زيادة جهالة في العمل ، فإن نزل فأنت⁽²⁾ أجير وان عملت بغير شرط كره الا اليسير ؛ قال اللخمي يمتنع بالشرط والتطوع قبل شروعه ، لأن لك انتزاعه، وتضعف التهمة بعد طول العمل ولك المسمى ؛ وان أعنته بغلامك فعمل معه ودابتك ، أجازة في الكتاب ، لأنها منفعة لكما لا تختص ؛ قال ابن يونس ويجوز جعل غلامك معه يجزء من الربح للعبد دونك كالعامل الأجنيبي ، قال صاحب المتقى للغلام ثلاث حالات : عامل يجزء من الربح ، وخادم للمال من غير ربح ، وأمين عليه ؛ فيمتنع الثالث فقط لمخالفته لمقتضى العقد ، فان العامل وصفه الأمانة⁽³⁾ .

فرع :

في الكتاب يمتنع أن يشتري وتنقد أنت أو تقبض الثمن أو تجعل معه غيرك

(1) كلمة (المثل) ساقطة في د .

(2) كلمة (فأنت) ساقطة في د .

(3) انظر ج 154 / 5 .

كذلك ؛ لآخراجه عن الامانة، وان تجعل معه صديقا لبيع الصديق ، لانه تحجير⁽¹⁾، ووافقنا (ش) على امتناع اشتراط الا يشتري من فلان⁽²⁾ ، أولا يبيع إلا منه أو لا يشتري إلا من نوع لا يعم، وعلى⁽³⁾ امتناع التوقيت ، وجوز (ح) جميع ذلك قياسا على الوكالة ؛ والفرق عدم الغرر وحصول المقصود في الوكالة ، بخلاف القراض موضوعه التماس فضل الله تعالى في الأرباح حيث كانت وذلك يناقضه التحجير ، والوكالة وضعها أن يكون في الأمر الخاص حتى منع (ش) الوكالة المطلقة ، فالتحجير شأنها ومناقض للقراض ، لأن وضع العامل أن يقوم مقاما في تسمية مالك وتصرفك لا يختص بتصرفه .

الركن الخامس : الربح ، وفي الجواهر له شرطان : أن يكون معلوما مضبوطا بالجزء لا بالعدد احترازاً من قوله لك من الربح ما شرط فلان ، أو لك من الربح عشرة دنانير ؛ ولا يشترط تخصيصه بالعامل ، بل لو شرطه للمساكين ، لأنها صدقة من العامل ؛ أولك ، لأنها هبة منافع لك؛ ووافقنا (ش) فيما تقدم ، ومنع (ح) تخصيصه بأحدهما : لأن موضوعه الشركة فلا يغير⁽⁴⁾ ؛ وقال (ش)⁽⁵⁾ إن شرطته لنفسك فهو بضاعة ، أو له فهو قرض ؛ ونحن نجوز الأمرين ، لأن اسقاط الحقوق من مالكها⁽⁶⁾ مجمع عليه ؛ وفي الكتاب إن لم يسمه وتصادقا على ذلك ، أو قال لك شرك ولم يسمه فله قراض مثله⁽⁷⁾ تنزيلا للإطلاق على ما قيده العرف ، وأبطله (ش) لعدم التعيين ؛ وقال غيره في

(1) المدونة : م 5 - ج 12 / 112 .

(2) جملة (من فلان) ساقطة في د .

(3) وعلى امتناع : د ، وامتناع - باسقاط (على) : ي .

(4) تعتبر : د ، يضر : ي - ولعل الأنسب ما أثبتته .

(5) ش : د ، ح : ي .

(6) الحقوق . مالكها : د ، الحق . . . مالكة : ي .

(7) المدونة : م 5 - ج 12 / 90 .

الكتاب في ⁽¹⁾ الشراك له النصف ، كما لو قال فلان شريكي له النصف ⁽²⁾ ؛ وفي التنيهاث إذا قال الريح كله للعامل ، قال سخنون يكون ضامنا كالسلف ؛ قال فضل ذلك إذا لم يشترط عدم الضمان ، لان الشرط يخرج عن القراض ، وقاله في الكتاب ⁽³⁾ . قال اللخمي إذا قال خذه قرضاً أو على أن لك جزءاً ولم يسم شيئاً فسد ، وإذا قال اعمل به ولك ربحه ولم يسمه قراضاً ضمنه العامل ، وإن سماه فلا ؛ ولفظ القراض كاشتراط عدم الضمان ، وضمنه سخنون وإن سماه ؛ ويمتنع لك من الريح دينار ، فقد يكون كمال الريح ؛ ويجوز لك دينار من جملة المال إن سلم وعاد إلي ، لأنها جعالة بشيء معلوم ؛ ويجوز لك دينار من عشرة ، لأنه العشر ولك دينار والباقي بيننا نصفان ؛ يمتنع ⁽⁴⁾ ، لأن الريح كله قد يكون ديناراً .

فرع :

في الكتاب لك نقله بعد العمل عن النصف الى الثلثين له أولئك كالزيادة في الجعل ⁽⁵⁾ ، قال اللخمي يجوز ذلك قبل العمل وبعده عند ابن القاسم ، ومنع ابن حبيب بعد العمل للتهمة في عدم المعروف بل لطلب الاستمرار ، فان تفصيلاً جاز اتفاقاً ؛ قال ابن يونس قال ابن حبيب ان كان المال عند الزيادة لا زيادة فيه ولا نقص جاز حركه أم لا ، لأن كليهما ملك المقاسمة ، وإلا فلا تهمة ؛ قيل اذا قبل رب المال بعد العمل الثلث وكان له الثلثان ، فهي هبة مقبوضة مات رب المال أو فلس ؛ وان كان ذلك للعامل فمات سقطت ، لأنها هبة لم تقبض .

(1) كلمة (في) ساقطة في د .

(2) المدونة : م 5 - 92 / 12 .

(3) المدونة : م 5 - ج 109 / 12 .

(4) كلمة (يمتنع) ساقطة في ي .

(5) المدونة : م 5 - ج 114 / 12 .

فروع :

في الكتاب تمتنع مقارضة رجلين لاحدهما ثلث الربح وللآخر سدسه⁽¹⁾ خلافا
ل(ش و ح) ، كما لو اشتركا على مثل ذلك ، لأن أحدهما يأخذ بعض ربح
صاحبه ؛ احتجا بأنها في المعنى عقدان ، والقسمة في الشركة على الأموال لا
على العمل ، ولا مال لها ههنا وليست عندهما من شركة الأبدان كما قلناه ؛ قال
صاحب التنيهاة قيل ظاهر كلامه : اذا كان عملها على قدر نصيبها لتشيبه
بالشركة ، وقال حمديس ان عملا مضى . قال فضل القياس ردهما الى قراض
مثلها ، لأنها زيادة داخلية على المال على أصله ؛ وقيل يجوز ، كأن رب المال
وهب أحدهما ؛ قال ابن يونس إذا اشترطت التفاوت ، فهما أجيران لفساد
العقد ؛ وقال أصنع اذا مضى بالعمل فالنصف للعاملين على ما شرطناه ويرجع
صاحب السدس على صاحب الثلث بفضل أجرته ، لانه عمل أكثر منه ؛ قال
ابن حبيب ذلك إلا أن يكون أكثر مما فضله به من الربح ، قال محمد لو شرطوا
العمل على قدر الأنصباء ، كره فقط ؛ قال اللخمي إن شاركت كل واحد بانفراده
على التفاوت فاشترطا من غير رضاك أو برضاك من غير شرط في القراض جاز ،
وليس لاحدهما الا ما رضي به ؛ وان كان بشرطك فسد عند ابن القاسم ،
والقياس الجواز ، لأن كل واحد له بيع منفعه بما شاء ؛ وان قلت اعملا على أن
لكل واحد منكما ربع الربح ولم تشترط عملها معا ، فعملا على فضل أحدهما
الآخر فهي شركة فاسدة ، ويستويان في الربح ان استويا في العمل المفروض
لها ؛ وان فضل صاحبه بعد العمل على المساواة جاز ، لأنها هبة ؛ وان قلت لى
النصف ولكما النصف ثم اختلفا في قسمته بينهما ، قضى بينهما على قدر نهضتهما
في التجرة ، لأنه الذي يشترطه لو انفرد ، فهذه ست حالات لشركة التفاوت .

(1) المصدر السابق : م 5 - ج 90 / 12 .

فروع :

في الكتاب يمنع دفع مائتين على أن يعمل في كل مائة وحدها وربح مائة لاحدكما وربح الأخرى بينكما ، أو ربح مائة بعينها لك وربح الأخرى له للفر⁽¹⁾ ، وهو أجبر فيها ؛ وكذلك على أن المائة على النصف ومائة على الثلث ويعمل بكل مائة وحدها ، لأنه قد يذهب عمله في احدهما بجانا وكذلك مساقاة الحائطين حتى يكون على جزء واحد ، ولأنه قد يباع في احدهما لأجل الأخرى فيكون من⁽²⁾ أكل المال بالباطل . قال ابن يونس يريد في المائتين وربح مائة لأحدهما أو ربح مائة بعينها لك أنه يجوز على الخلط لرجوعه الى جزء مسمى ، وكذلك المائتان على الجزئين المختلفين ؛ قال محمد يجوز ، قال اللخمي ان شرطت ربح أحدهما للعامل، فله أجرة المثل ما لم تجاوز الربح ؛ وان كانت عليه خسارتها كان سلفا فاسدا ، والربح والخسارة له وعليه ؛ وفيما يجب في التي يشترط ربحها ثلاثة أقوال : قراض المثل ، أجرة المثل ؛ الأقل من المسمى وقراض المثل إن شرط ربح المنفردة لك ، والاكثر ان شرط ربحها ؛ له وان كانت أحدهما قراضاً والأخرى سلفا قيل يكون في مائة القراض أجيرا وقيل قراض المثل ، وقيل الأكثر ؛ وعلى قول سحنون الأكثر ما لم يقبض السلف ويتم الريا بينهما ، وعلى قول ابن نافع المسمى ان اسقط السلف للذهب المفسدة ، وإلا فالأجرة وربح السلف للعامل ، إلا أن يشترط عليه الا يبين به بل يعمل به في جملة القراض ويختلف هل يضمن والربح له أولك والضمان منك لتحجيرك عليه ؛ ولو دفعت مائتين على جزئين متفقين على عدم الخلط ، امتنع للتحجير وأن لا يجبر احدهما بربح الأخرى ؛ وان أخذ مائة على النصف فلم يشغلها حتى أخذ مائة على النصف أو الثلث جاز وله الخلط ، الا أن يشترط عدمه فيرد⁽³⁾ الجواب

(1) نفس المصدر : م 5 - ج 108 / 12 .

(2) كلمة (من) ساقطة في د .

(3) كلمة (فيرد) ساقطة في د .

المتقدم؛ فإن أشغل الأولى جاز في الموافق ، وفي الكتاب جواز المخالف ⁽¹⁾ ، ومنعه في كتاب محمد ؛ ويمتنع أخذ الثانية بشرط الخلط بالأولى في الموافق والمخالف ، لأن الأولى قد تكون فيها خسارة فيجبرها بالثانية ويكون للثانية بعض ربح الأولى، ومحمل ⁽²⁾ الثانية على الحل حتى يشترط الخلط ؛ وإن نصت الأولى وفيها ربح أو خسارة ، امتنع أخذ الثانية بموافق أو مخالف على الخلط والانفراد ⁽³⁾ عند ابن القاسم سداً للذريعة ؛ واجازة غيره بثلاثة شروط : أن يكون في الأولى ربح . والجزء موافق ، وعلى عدم الخلط ؛ ووافق ابن القاسم إذا كان في الأولى خسارة ، لأن مع الخسارة يكره العامل ⁽⁴⁾ على التماضي فتعطيه ليرضى ويجبر الخسارة؛ ولو علم من العامل رده الأولى ليستعجل نصيبه من الربح ، منع مع الربح أيضاً ؛ وينبغي إذا علمت رغبته في التماضي أن تجوز الثانية بجزء مخالف ، وإذا عمل على الوجه الفاسد بشرط الخلط ، قسط الربح على قدر المائتين يوم الخلط ، فما ناب الأولى جبر به خسارته ؛ وما ناب الثانية فله قراض المثل - ما لم يجاوز المسمى ، لأنه رضي به على أن يجبر خسارة الأولى من جميع الربح ، فإذا سقط ذلك عنه لم يزد على المسمى ؛ وكذلك إذا كانت الأولى في عروض وخلطه بالثاني فض الآن ما نص على قدر ما يقع به الأول في الثاني، فما ناب الأول يجبر الخسارة ، وفي الربح على المسمى ؛ وما ناب الثاني على الأقل من المسمى أو قراض المثل - إن كان في الأول ذلك اليوم خسارة ، فإن جهل ما بيع به الأول ، فالفض على قيمته يوم خلط الثاني للضرورة ⁽⁵⁾ .

(1) المدونة م : 5 - ج 113/12 - 114 .

(2) ومحمل : د ، ومحمل : ي .

(3) والانفراد : د ، أو الانفراد : ي .

(4) تكره العامل : د ، يكره العامل : ي .

(5) كلمة (الضرورة) ساقطة في د .

فروع :

في الكتاب إذا شرطاً ثلث الربح للمساكين لا أحب الرجوع فيه من غير قضاء ، لأن القربات لا يقضى⁽¹⁾ بها ؛ قال اللخمي : إذا شرطاً ثلث الربح للمساكين والثلثان بينهما ثم رجعا فيه فهو بينهما نصفان ، فإن رجعا أحدهما فله النصف وللآخر الثلث وللمساكين السدس .

الباب الثاني

في أحكامه :

قال صاحب التنيها مذهب الكتاب: أن القراض الفاسد يرد الى أجرة المثل الا في تسع مسائل: القراض بالعروض، والى أجل ، وعلى الضمان ، والمبهم ، وبدين يقبضه⁽²⁾ من أجنبي ، وعلى شرك في المال، وعلى أنه لا يشتري إلا بالدين فاشترى بالنقد ، وعلى أنه لا يشتري إلا سلعة كذا لما يكثر⁽³⁾ وجوده فاشترى غيرها ، وعلى أن يشتري عبد فلان بمال القراض ثم يبيعه ويتجر بضمنه ؛ وألحق بالتسعة عشرة من غير الفاسد ، ففي الكتاب اذا اختلفا وأتيا بما لا يشبه له قراض المثل⁽⁴⁾ ، والضابط كل منفعة اشترطها أحدهما على صاحبه ليست خارجة عن المال ولا خالصة لمشتريها ؛ ومتى كانت خارجة من المال أو⁽⁵⁾ كان غررا حراما فأجرة المثل ؛ فعلى هذه الثلاثة الامور تدور المسائل وقاله ابن حبيب ، إلا أنه يرى أن اجارة المثل في الربح ؛ فان لم يكن فلا شيء له والمشهور أنها متعلقة بالذمة ربح أم لا ، وقراض المثل متعلق بالربح إن كان وإلا فلا شيء له ؛ وعن

(1) المدونة : م 5 - ج 12 / 91 .

(2) يقبضه : د ، يقبضه : ي .

(3) لا يكثر : د ، لا لا يكثر : ي .

(4) المدونة : م 5 - ج 12 / 91 .

(5) أو كان : د ، ان كان : ي .

مالك قراض المثل مطلقا وعند⁽¹⁾ محمد قراض المثل ما لم يزد على المسمى إن كان رب المال المشتري ، وإلا فالأقل من قراض المثل ، والاجرة ، أو المسمى . وقال ابن نافع في المغيا الى أجل يسقط الشرط وبصح العقد ، وعنه أيضا لمشتري الزيادة اسقاطها وتصح كاسقاط شرط السلف في البيع ، فان أتى فأجرة المثل ؛ وقال عبد العزيز بالاجرة مطلقا في كل فاسد و(ش) و (ح) نظراً لاستيفاء العمل بغير عقد صحيح والغاء العقد بالكلية ، فهذه سبعة أقوال ؛ قال صاحب القبس فيها خمسة أقوال ، ثالثها لابن القاسم ان كان الفساد في العقد فقراض المثل ، أو الزيادة فأجرة المثل ؛ ورابعها لمحمد الأقل من قراض المثل أو المسمى ، وخامسها تفصيل ابن القاسم ؛ قال غيره وقد⁽²⁾ نظم بعضهم مسائل ابن القاسم فقال :

وأجرة مثل في القراض تعينت سوى تسعة قد خالف الشرع حكمه
قراض عروض واشترط ضمانه وتحديد وقت والتباس يضمه
وإن شرطاً في المال شركاً لعامل وأن يشتري بالدين فاختلف رسمه
وأن يشتري غير المعين للشرا فاعط قراض المثل من حال عزمه
وأن يقتضى الدين الذي عند غيره ويتجر فيه عاملاً لا يذمه⁽³⁾
وأن يشتري عبد لزائد يبعه ويتجر فيما ابتاعه ويلمه
وفي الجواهر ضابطها كل ما شرط فيه رب المال على العامل أمراً فضره به على نظره ، أو اشترط زيادة لنفسه ، أو شرطها العامل⁽⁴⁾ لنفسه فأجرة المثل ، وإلا فقراض المثل ؛ قال وفصل ابن الحارث أن ما فسد لزيادة لا تحل ، أو

(1) وعند : د ، وعن : ي .

(2) وقد : د ، ومن : ي .

(3) يذمه : د ، يضمه : ي .

(4) عبارة (أمراً فضره به . . . أو شرطها للعامل) ساقطة في د .

تخصيص⁽¹⁾ لا ينبغي ، فأجرة المثل ، وإلا فقراض المثل⁽²⁾ إلا في⁽³⁾ مسئلتين
اشتراط الضمان وإمساك المال مدة معينة فقراض المثل؛ قال وعكس قول ابن
حبيب غيره فجعل القراض متعلقا بالذمة ، فإذا جمعت هذه الأقوال من هذه
الامهات تزيد على العشرة :

تمهيد : منشأ الخلاف امران أحدهما أن المستثنيات من العقود اذا فسدت
هل ترد الى صحيح أنفسها⁽⁴⁾ كفاسد البيع ، أو الى صحيح أصلها؛ والقراض
مستثنى من الإجارة فيكون المستحق أجره المثل ، لأن الشرع انما استثنى
الصحيح، لاشتماله على القوانين الشرعية ؛ فإذا فسد المستثنى رجعنا إلى أصله ،
لأن الشرع لم يستثن الفاسد ، فهو مبقى على العدم وله أصل يرجع اليه وهو الفرق
بينها وبين البيع أن البيع ليس له أصل آخر يرجع إليه في ذلك قولان ؛ وثانيهما
أن أسباب الفساد اذا تأكدت، بطلت حقيقة القراض بالكلية؛ ففتعن الإجارة ،
وإن لم تتأكد اعتبرنا القراض ؛ ثم النظر بعد ذلك في المفسد هل هو متأكد أم
لا، هو تحقيق مناط ؛ وأما جعل الجميع في الربح ، فلرضاه بالربح، وجعل الجميع
في الذمة فلسقوط العقد .

فرع مرتب :

في النكت قال ابن القاسم حيث يكون له أجره المثل، فهو أسوة الغرماء
لتعلقها بالذمة ؛ وحيث يكون قراض المثل أو مساقاة المثل ، فهو أحق بما في يده
من الغرماء في الموت والفلس لتعلق حقه بالمال . قال عبد الحق ينبغي اذا كان
أجيرا في المساقاة أن يكون أولى بالثمن في الفلس فقط، قال سحنون اذا كان له

(1) وتخصيص : د ، أو تخصيص : ي .

(2) كلمة (المثل) ساقطة في د .

(3) كلمة (في) ساقطة في د .

(4) أنفسها : د ، نفسها : ي .

أجرة مثله وفيما عمله بعد ذلك قراض مثله فهو أحق بما في يده في الموت والفلس ولم يوجد لغيره .

فرع :

في النكت قال ابن حبيب يفسخ القراض الفاسد متى عشر عليه قبل العمل أو بعده، ويرد إلى قراض المثل أو أجرة المثل، وتفسخ المساقاة قبل العمل مطلقاً وبعده إن كانت ترد إلى مساقاة المثل لم يفسخ، وإلا فسخت؛ وقال غيره لا تفسخ بعد العمل مطلقاً.

فرع :

قال ابن يونس نمنع هدية كليكما⁽¹⁾ لصاحبه للهمة على التماهى فهو بذل مال في مجهول ، وقد أجاز محمد ترك العامل للنفقة بعد شغل المال وهو هبة لوجوب النفقة له بالسفر ، ومنعه قبل الشغل⁽²⁾ لعدم لزوم القراض ، فكأنك اشترطت عدم النفقة في العقد وهو ممنوع لمخالفة موجبة .

فرع :

في الكتاب إذا اختلفا في جزء الربح قبل العمل رد المال⁽³⁾ لعدم اللزوم، إلا أن يرضى بقولك أو بعده صدق كالصانع ؛ لأنه بائع لعمله إن أشبه قوله⁽⁴⁾ ، وإلا فقراض مثله ، وكذلك المساقاة ؛ فإن ادعى جزءاً ما نحو مائة درهم ونصف ما بقي صدقت ، لدعواك الحلال ، لأنه أصل تصرفات المسلمين ؛ قال اللخمي إن سلم المال بعد العمل تسليم ايداع حتى ينفصلا فكعدم التسليم ، أو تسليم بت

(1) كليهما : د ، كليكما : ي - ولعلها أنسب .

(2) كلمة (الشغل) ساقطة في د .

(3) الملوثة : م 5 - ج 91 / 12 .

(4) قوله : د ، قولك : ي .

ويكون جزء المال سلفا عندك ، صدقت لحصول يدك على المال ؛ فإن ادعى النصف وادعت مائة وله ثلث الربح جمع كلاهما بين الحلف على اثبات دعواه ونفي دعوى صاحبه ، فإن نكلت وحلف فله دعواه إن حلفتما على اثبات الدعوى ، وإلا فإن حلفت ونكل خير بين قراض المثل باليمين المتقدمة أو تحلف يميناً ثانية على اثبات دعواك وتأخذ أجرة المثل ؛ وإن حلف أولاً ونكلت خير بين قراض المثل باليمين الأولى ، أو ^(١) يحلف ثانية على اثبات دعواه ويأخذها .

فرع :

في الكتاب عقداً على الثلثين واختلفاً ^(٢) لمن هما صدق ^(٣) ، لأنه البائع لعمله ؛ قال ابن يونس قال محمد إن اتفاقاً على عدم تبين ذلك ، جعلته لمن يشبه أن يكون ذلك له ؛ فإن ^(٤) أشبههما ، فللعامل ، لأنه بائع لعمله ولم يرَضْ بإخراجه بدون ذلك وحلف ؛ قال ابن يونس ، إنما يصدق بعد العمل وقال كانت نيتي ذلك وحلف أنه كذلك نوى ؛ فإن نكل ، حلفت على نيتك ؛ قال بعض القرويين : هذا إذا كان ^(٥) ادعى كلاهما أنه فهم عن صاحبه ذلك ، أما إن قال لم أفهم عن صاحبي شيئاً ، لكنني ظننت ذلك فالربح بينهما نصفان ؛ لأن كليهما سلم الثلث لصاحبه ونازع في الثلث الآخر فيقسم بينهما . قال ابن يونس : ويلزمه ذلك إذا ادعياه مطلقاً ، لكن لما كان العامل حائراً صدق فيها ولا عبرة بما قال ؛ قال صاحب النكت اشتراط محمد الأشبه خلاف المدونة ، قال اللخمي إن ادعى كلاهما أنه فهم ذلك عن صاحبه بقرائن ، فكما في النكت ^(٦) ؛ وإن لم

(١) أو يحلف : د ، وحلف : ي .

(٢) واختلفاً : د ، فاختلفاً : ي .

(٣) المدونة : م ٥ - ج ١٢٧ .

(٤) فإن : د ، وإن : ي .

(٥) كلمة (كان) ساقطة في د .

(٦) الكتاب : د ، النكت : ي - ولعلها أنسب .

يكن إلا العقد فسد القراض ورد الى قراض المثل ، لأنها معاملة بمجهول إلا أن يكون عادة فيأخذ الثلثين من عادته الثلثان .

فروع :

في الكتاب إذا قلت مالي سلف عندك وقال قراض أو وديعة، صدقت مع يمينك⁽¹⁾ ، لأن وضع اليد ظاهر في الضمان وهو يدعي إسقاطه ؛ قال ابن يونس إن قلت قراض وقال سلف صدق ، لأنك تدعي الربح والأصل عدم استحقاقك له ؛ وقال أشهب إنما يصدق في السلف اذا حرك المال ، فان تسلف قبل العمل صدق ؛ وعن مالك يصدق مطلقا ، لأن الأصل عدم الضمان ؛ واذا قلت وديعة وقال قراض ، أو قلت قراض وقال وديعة ، أو قلت قراض وقال بضاعة ؛ أو قلت غصب وقال وديعة أو قلت أقبضتك⁽²⁾ من قراض أو رددته اليك من قراض كان لك عندي ، وقال أو دعيتي ؛ قال مالك وابن القاسم في هذا كله تصدق أنت ، وإنما يفارق ابن القاسم ، اذا قلت قرض وقال قراض أو وديعة ، أو قلت وديعة أو قراض وقال قرض ؛ أو قلت وفيتكه من قرض أو رددته من قراض ، وقال وديعة وقد ضاع صدقت عند ابن القاسم في هذه الثلاث فقط⁽³⁾ ؛ واذا قلت قرض وقال قراض وفي المال ربح وقف نصيبك من الربح ، لأنك أنكرتي ؛ فإن طال تصدق به ، وكذلك إذا قلت وديعة ؛ عن ابن القاسم لورثتك أخذه إن أحب المقدم دفعه من غير قضاء ، لأن موروثهم مات عن غير حق ؛ وفي الكتاب إن قلت أبضعتكه فعمل به وقال قراض صدقت مع يمينك وعليك أجرة المثل⁽⁴⁾ ؛ قال ابن يونس ، قال سحنون إلا أن يكون دعواه من

(1) الملوثة : م 5 - ج 127 / 12 .

(2) أقبضتك : د ، أقبضتكه : ي .

(3) كلمة (فقط) ساقطة في د .

(4) الملوثة : م 5 - ج 127 / 12 .

الربح أقل من أجره المثل . فله الأقل ؛ فإن نكلت، صدق مع يمينه إن كان ممن يستعمل مثله في القراض ؛ قال محمد إن كان الربح أقل من أجره المثل أو مثلها لا يحلف ويأخذه ، أو أكثر حلفت ، فإن نكلت حلف إن كان يستعمل مثله في القراض ؛ وقيل إن كانت العادة أن للبضاعة أجرا، صدق إن كان أقل⁽¹⁾ من نصف الربح ؛ لأنه يؤول الى اختلاف في الربح كقولك الثلث وقوله النصف فيصدق اذا أشبه مع يمينه وان كانت إجارة مثله نصف الربح فأكثر فلا إيمان ويعطى نصف الربح ؛ وان كانت البضاعة لا أجر لها فهو كقولك عملته لي باطلا ، وقال بأجر فانه يصدق ؛ وعلى قول الغير يتحالفان وله الأقل من أجره المثل⁽²⁾ أو ما أقر به ، قال وقوله إن كان مثله يستعمل في القراض مستغنى عنه . لأن من نكل فقد مكن خصمه من دعواه أشهد أم لا ؛ قال اللخمي إن قلت بضاعة بغير أجره صدقت، أو مثله لا يقارض أو مثل تلك⁽³⁾ السلعة لا تكون قراضا ليسارتها صدقت أيضا ؛ وان قال بضاعة بأجر وقلت قراض صدق مع يمينه⁽⁴⁾ . على الإجارة ، وأنت تقول جعالة ؛ وإن اختلفتما في القرض والقراض فأيكما يصدق قولان للمالك ؛ وقال أشهب يصدق بعد تحريك ، لأنه مدعى عليه الضمان ، وتصدق أنت إذا ضاع بعد التجر ، لأنه يدعى تحريكه على ملكك وأنه لم ينتقل⁽⁵⁾ ؛ وفي الكتاب إذا ادعت الوديعة وادعى القراض صدقت لدعواه طرح⁽⁶⁾ الضمان عن نفسه⁽⁷⁾ ؛ قال ابن يونس قال ابن القاسم إن كان المال في

(1) كلمة (أقل) ساقطة في د .

(2) مثله : د ، المثل : ي - ولعلها أنسب .

(3) كلمة (تلك) ساقطة في د .

(4) في د زيادة (قال ابن يونس : اذا قلت قراض وقال : سلف ، لذلك تدعى - أشبهت أم لا) - وهي شبه تكرار مع ما سبق ، ولذا لم أثبتها في الصلب .

(5) وأنه لم ينتقل : د ، وأنت لم تنتقل : ي .

(6) كلمة (طرح) ساقطة في د .

(7) المدونة : م 5 - ج 127 / 12 .

سلعة بعينها فبيعت بفضل قليل له ⁽¹⁾ إن سلمت أنه قراض ادفع الربح من غير قضاء ، فإن دفع لا يقضى عليك بأجرة ⁽²⁾ ؛ وقال ابن القاسم ، ان ادعى الوديعة وادعت القراض والمال في سلعة صدق ، لأنك تدعي الربح ، وان رجع اليك بعد البيع لم يصدق .

فرع :

في الكتاب إذا اختلفتما في مقدار رأس المال صدق ، لأنه أمين ⁽³⁾ ؛ قال اللخمي إن ادعى أن نصفه ربح وقلت الكل رأس المال صدق ، إلا أن يقوم دليل كذبه كقول أهل سوقه ليس في سلعة تلك المدة فائدة ، أو يدل المشتري لعظمه على رأس المال فتصدق أنت ؛ فإن كانا اثنين فوافقك أحدهما ، صدق الآخر ؛ لأن يده على النصف ، وله ما يخصه من الربح ؛ فإن كان الآخر عدلا جازت شهادته ، لأنه لا يجربها منفعة ⁽⁴⁾ ؛ فإن قلت مائتان وقال أحدهما مائة وخمسون ، وقال الآخر مائة أخذ الأخير خمسة وعشرين - إن كان القراض على النصف ؛ واختلف في الاول ورب المال على ثلاثة أقوال : قيل له ثمانية وثلاثون ، لأن الباقي بعد الاول من الربح يقسم بينه وبينك على شرطكما وقد كان لك جزءان وله جزء ؛ وقيل له اثنا عشر ونصف ، لأن يده على مائة فله منها ما يقربه والآخر غصب صاحبه ؛ وقيل لا شيء له ، لأنك تبدأ برأس مالك وريحه على العاملين ، ثم يقسم العاملان ما تدفع يدك عنه واحدهما غصب صاحبه قاله سحنون ؛ ولو كانوا ثلاثة فقال أحدهما رأس المال خمسون ، وقال الثاني مائة ، وقال الثالث مائة وخمسون - وأتوا بثلاثمائة ؛ فعلى قول أشهب يد كل واحد على

(1) كلمة (له) ساقطة في د .

(2) بأخذه : د ، بأجرة : ي - ولعلها أنسب .

(3) المدونة : م 5 - ج 127/12 .

(4) منفعة : د ، نفعا : ي .

مائة فله من الربح ما يقربه ، فالأول يقول يدي على مائة رأس المال فيها ثلث الخمسين والباقي له فيه نصفه ؛ ويقول الآخر رأس المال المائة التي في يدي ثلث مائة ، فله في الباقي نصفه ؛ ويقول الثالث رأس المال في التي في يدي خمسون والربح خمسون ، فله نصفها ؛ قال محمد على القول بأن المصوب على الجميع إذا أخذ الأول أحدا وأربعين وثلثين يكون للثاني خمسا الربح على قوله وهو أحد وثلاثون وثلثان ، لأن الباقي بعد أخذ الأول على قول الثاني مائة وثمانمائة وخمسون وثلاثة أخماس ، له خمسها ولصاحبه الثالث خمس ولك ثلاثة أخماس ورأس المال على قول الثالث مائة وخمسون - والربح ستة وسبعون وثلثان هي بينك وبين العامل أرباع له منها تسعة عشر وثلثان والباقي لك ؛ وعلى قول سحنون إذا أخذ الأول احدا وأربعين وثلثين ، وعاد المقال بين الثاني وبينك تكون لك مائة لاقراره أن رأس المال مائة والربح مائتان لك نصفها وهو مائة ، والأول غصبك وغصب صاحبه وله نصف المائة وخمسين إلا ثلثا ، ثم يرجع إلى القائل برأس المال مائة وخمسون والربح كذلك ؛ فهو مقر أنك مبدأ عليهم بمائتين وخمسة وعشرين ، وقد كان الباقي يعد ما أخذ الأولان مائتين وتسعة وعشرين ونصفاً ، لك منها مائتان وخمسة وعشرون ، وللثالث أربعة ونصف ؛ وإن قال العاملان إحدى المائتين ربح والأخرى لك ، وقال الآخر إحداهما لك والأخرى رأس مال ؛ قال أشهب يصدق المدعى لنفسه المائة ولا شيء للمدعي الربح ، لأن يده على المائة فيصدق في ملكها .

فروع :

في الكتاب إذا خسر في البز ، فقلت نهيتك عنه صدق في عدم النهي⁽¹⁾ لأن الأصل عدم العدوان والضمان ، قال ابن يونس إن أداك واختلفتما في الإذن في الدين صدقت ؛ والفرق أن العدول بعد القراض بخلاف الثاني .

(1) الملونة : م 5 - 12 / 127 - 128 .

فرع :

في الكتاب⁽¹⁾ قال رددت رأس المال اليك والباقي في يدي ربح صدقت ما دام في المال ربح⁽²⁾، قال ابن يونس : معناه إذا قال الذي بيدي ربح بيننا لإقراره بقيام حقلك ، أما لو قال هو نصيبي فقط وأخذت نصيبك صدق مع يمينه . قال اللخمي : إن اختلفتما في رده صدق مع يمينه إن أخذه بغير بينة ، وإلا فلا ؛ هذا مذهب المدونة ، لأن العادة أن القابض بينة لا يعطي إلا بينة خشية منها ؛ وقال محمد يقبل الكري في الرد وإن قبض بينة ، فعلى هذا يصدق ههنا ؛ وينبغي أن يصدق إذا قال رددت المال وهذا ربحه بينا ؛ كما لو ادعى رد بعض رأس المال .

(تنبيه) تقدم في الإجارة في الرد أربعة أقوال فتطالع من هناك .

فرع :

في الكتاب⁽³⁾ أنفقت في سفري من مالي مائة درهم لأرجع بها في القراض يصدق ربح أم خسر إن أشبه نفقة مثله⁽⁴⁾ ، لأنه مأذون له في الإنفاق والتصرف ؛ وإن ادعى ذلك بعد المقاسمة فلا لانفصال عقد الامانة بينكما ؛ قال ابن يونس يريد إلا أن يبقى من المال أقل من مائة درهم فليس له إلا ما بقي ولا شيء عليك ، لأنك لم تأذن له في شغل ذمتك . وعن مالك يقبل قوله بعد المقاسمة في النفقة ، ولا يصدق في نسيان الزكاة إلا بينة أو أمر يعرف ، لأن العادة عدم تأخيرها بخلاف النفقة .

(1) جملة (في الكتاب) ساقطة في ي .

(2) المدونة : م 5 - ج 12 / 128 .

(3) جملة (في الكتاب) ساقطة في ي .

(4) المدونة : م 5 - ج 12 / 128 .

فروع :

قال ابن يونس إذا سئل عن المال فقال عندي وأقر فأردت أخذه ، فقال هلك منه كذا ، أو قلت ذلك لتقره ، عندي لم يصدق ، لتقدم إقراره المكذب له .

فروع :

قال إذا اشترى جارية فقال لي ⁽¹⁾ فيها كذا صدق مع يمينه ، لأنه أمين في الشراء .

تمهيد : قال اللخمي يختلف في القراض في سبعة مواضع : ضياعه ، ورده ، وخسارة ، وجزء الربح ، والذي ربحه ، وقدر رأس المال ، وهل هو بضاعة ، أو قراض ، أو قرض ، وفي الصحة والفساد ؛ فيصدق في تلفه وغرقه وسرقته ونحو ذلك ؛ لأنك أمنت به ، وإن لم يكن أمينا ؛ واختلف في تحليفه : قال وأرى غير المأمون أن يحلف ⁽²⁾ ، وإن قام دليل على كذبه لم يصدق واغرم ؛ واختلفا في الجزء صدقت قبل الشروع ، لأن لك الانتزاع ، وإلا صدق فيما يشبه ؛ لأن له أن لا يسلم إلا بما يريد - كالبائع والأجير ، ويصدق في الخسارة ، لأجل السراق - أن أتى بما يعضد السرقة من القافلة أو الضيعة بما يشبه ، ويصدق في الربح فيما ⁽³⁾ يقوله أهل تلك الصنعة وما يشبه دون غيره ؛ وكذلك في ثمن الذي يقدم ⁽⁴⁾ به ، فإن أشكل جميع ذلك صدق بغير يمين إن كان ثقة ، وإلا حلف إلا أن يقوم دليل التهمة فيحلف الجميع ؛ وإن شهدت بينة مستورة لا تبلغ العدالة حلف ، وفي الجواهر يصدق مدعى الصحة على مدعى الفساد ، لأنه أصل في تصرفات المسلمين تحسينا للظن بهم على المذهب ، ومدعى الفساد عند

(1) كلمة (لي) ساقطة في د .

(2) غير المأمون أن يحلف : د ، أن يحلف غير المأمون : ي .

(3) فيما : د ، بما : ي .

(4) يقدم : د ، تقدم : ي .

عبد الحميد ، لأن الأصل عدم الانعقاد .

قاعدة : في ضبط المدعي والمدعى عليه ، قال عليه السلام لو أعطى الناس بدعواهم ، لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر . فليس المدعي الطالب ولا المدعى عليه المطلوب ، بل من كان قوله على خلاف أصل أو ظاهر فهو المدعى - وعليه البيّنة ؛ والظاهر ينقسم إلى العادة وظاهر الحال والقرائن الحالية والمقالية ، وكل ما أفاد ظن الصدق كمدعي شغل الذمة والأصل براءتها كولادة الإنسان بريئا من جميع الحقوق، ومدعي الرد وقد قبض بيّنة ، فالعادة تؤثر سؤ الظن في الرد بغير بيّنة ؛ وكمدعي اتفاق مال المحجور فيما لا يشبه عادته، فهؤلاء مطلوبون وهم مدعون وعليهم البيّنة ، ومن كان قوله على وفق أصل أو ظاهر فهو المدعى عليه ويصدق مع يمينه ، كخصوم هؤلاء المتقدمين ؛ وبعبارة أخرى : المدعى عليه هو أرجح المتداعيين سببا ، والآخر المدعي ؛ وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع التداعي في القراض وغيره .

فرع :

في الكتاب لك رد المال ما لم يعمل به العامل أو يسافر وليس لك⁽¹⁾ رده بعد سفره لذهاب عنائه مجانا⁽²⁾ . قال ابن يونس ، قال محمد إذا اشترى مثل الزاد ورضيت بأخذه بما يشبه⁽³⁾ لك ذلك . قال اللخمي كل واحد منكما بالخيار ما لم يعمل ، وقاله (ش) قياسا على الوكالة ؛ فإن شرط نضّة واحدة لزمك ، وهو بالخيار على المستحسن من القول، ويختلف فيه هل يبقى على الخيار أم يلزمه على أحد القولين في الجعالة ؛ فإن أشغل جميع المال ارتفع الخيار وليس لاحدكما أخذه إلا بعد النضوض أو البعض ، امتنع أخذ الجميع ؛ لأن ذلك البعض إن

(1) لك : د ، له : ي .

(2) المدونة : م 5 - ج 128/12 .

(3) بما يشبه : د ، وأشبه : ي .

كان الأقل ، كان قصره عليه ضررا ، وكذلك المساوي أو أكثر فالأقل تبع له ؛ فإن أشغل جميعه ثم نص فأشغل بعضه ، فلك أخذ ما لم يشغل لحصول التوفية بمقتضى العقد بالشغل الاول ، وإن تجهز بتجارة السفر لم يمنع من السفر ان أذنت له في السفر إذ⁽¹⁾ على القول بأن له السفر من غير اذن إلا أن ينفق سوقها قبل السفر ويحصل ما يرجي في السفر فلك يبيعها ومنعه من السفر ، وكل موضع تمنع من الأخذ يمنع هو⁽²⁾ من الرد إلا برضاك .

قاعدة : العقود قسمان مستلزم لمصلحته عند العقد فشرع على اللزوم تحصيلاً للمصلحة وترتيباً للمسببات على أسبابها، وهو الأصل كالبيع؛ فإن بمجرد العقد يتمكن كل واحد من المتعاقدين من تحصيل مصلحة الثمن والمثمن بالبيع والهبة وأنواع الانتفاع، وكذلك الإجارة وغيرها؛ وقسم لا يستلزم مصلحته كالقراض والجعالة، فإن المقصود الربح وهو غير حاصل بل ربما ضاع تعب العامل وخسر المال، ومقصود الجعالة رد الأبق وقد لا يحصل ويضيع التعب، فجعلت هذه العقود على الجواز نفياً للضرر عن المتعاقدين؛ لانه قد تظهر أمارته فلا يلزم بما يتوقع ضرره.

نظائر : قال أبو عمران خمسة عقود لا تلزم بالعقد : القراض والجعالة والوكالة والمغارسة وتحكيم الحاكم .

فرع :

في الكتاب ليس جبره على بيع السلع ليرد المال ، بل ينظر السلطان ويؤخر ما يرجي لسوقه⁽³⁾ نفياً للضرر عنه ، وان لم يكن لتأخير وجه بيعت واقتسما ربحا ان كان صونا للمال يجعله تحت يدك⁽⁴⁾ .

(1) أو على : د ، اذ على : ي - وهي أنسب .

(2) كلمة (هو) ساقطة في ي .

(3) سوقه : د ، لسوقه : ي .

(4) المدونة : م 5 - ج 12 / 129 .

فرع :

في الكتاب ان لم يشغل المال حتى نهيته فتعدى وأشغله، ضمن المال والربح له⁽¹⁾ كالمتعدي على الوديعة ، بخلاف نهيك عن سلعة فابتاعها لبقاء الإذن من حيث الجملة .

فرع :

في الكتاب إذا باع بالدين بإذنك فأردت أن يحملك به - وفي المال وضیعة فلك إجباره على التقاضي أو يحملك ، فإن كان فيه ربح فعليه التقاضي إلا أن يتركه ويسلم لك ربحك؛ لأن التقاضي من جملة عمله الذي أخذ عليه الجزء⁽²⁾ ؛ قال ابن يونس : إذا أشخص في تقاضي الدين أنفق من المال - وإن كان فيه وضیعة ، لأنه بقية عمل القراض ؛ قال اللخمي إذا رضيت أن تطوع له بالتقاضي وجزؤه باق جاز ، لأنه معروف وإن كان على اسقاط الربح فهي أجرة مجهولة على الاقتضاء .

فرع :

في الكتاب إذا أراد بيع السلع وأردت أخذها بما تساوي فأنت والأجنبي⁽³⁾ سواء .

فرع :

قال إذا مات قيل لورثته تقاضوا الديون وبيعوا السلع ، فإن كانوا غير أمناء وأتوا بأمين فلهم سهم موروثهم ؛ فإن لم يكونوا أمناء ولم يأتوا بأمين أخذت مالك

(1) المصدر السابق م : 5 - ج 12 / 116 - 117 .

(2) المصدر نفسه م 5 - ج 12 / 129 .

(3) نفس المصدر : م 5 - ج 12 / 130 .

ولا ربح لهم لعدم العمل ؛ فإن مت فالعامل على قراضه وللورثة أخذ المال ان كان عينا دون السلع، لانتقال الحق اليهم كما كان لك ؛ وإذا علم بموتك والمال بيده عينا لا يعمل به ، لانتقال الحق لمن لم يأذن ؛ وان لم يعلم حتى ابتاع سلعة مضى على القراض ، لأنه معذور كالوكيل يتصرف بعد الموت ؛ قال ابن يونس يريد وكذلك إذا ظعن بالمال قبل العلم بمضي على قراضه ، كما إذا اشترى ؛ ومراده إذا علم وهو عين في يده إذا كان في بلدك . قال اللخمي إذا علم بموتك قبل العمل فعمل قبل اذنهم فخرس ضمن ، وان ربح وكان تجره لهم ، فالربح بينهم ؛ أو لنفسه ، فالربح لك ؛ فإن تجر قبل العلم فخرس يختلف هل يضمن لخطئه ، أم لا لشبهة الإذن - وان ربح فعلى القراض ؛ وإذا قال للغرماء أضمن لكم ما لكم وأقروا المال في يدي ، فإن كان المال عروضاً أو ديناً على الناس وقال ذلك لينضّ ويقضيه ، فإن عجز أتم لهم أخذه ، وضمانه تفضل منه ؛ وان قال ذلك ليتجر فيه امتنع ، لأنه ضمان يجعل ؛ إلا أن يعلم أن غرضه التخفيف عن الميت فيلزمه الضمان كالضمان عن الميت ؛ ولا يلزم ورثة العامل استئجار على العمل من مال الميت ، لتعلق العمل بالمال دون الذمة ؛ فإن لم يكونوا أمناء أو عجز هو وسلم المال وفيه ربح، ليس لهم منه شيء عند مالك وابن القاسم ، وكذلك في المساقاة ؛ وعلى قوله في المجاعل على البئر يتركه اختياراً بعد بعض العمل فيستأجر صاحب البئر على إتمامه يكون للأول بقدر ما انتفع ، فيكون للورثة ههنا ؛ وإذا مات الأجير ، ليس لوارثه القيام ببقية العمل ، بل له من الأجرة بقدر ما عمل موروثه ؛ والفرق أن القراض لا يستحق فيه شيء إلا بالتمام ، فكان الوارث كذلك ، بخلاف الإجارة ؛ وإذا كان الوارث مولى عليه نظر الوصي ، فإن لم يكن في المال فضل ، أو كانت أجرة الإجارة لا تقي به أو مثله سلم المال ، وإلا استأجر عليه ؛ وإذا كانا عاملين فأت (1) أحدهما واشترى الآخر بجميع المال ، قال ابن القاسم خیرت بین البقاء على القراض وبين

(1) فات : د ، ومات : ي .

تضمينه ، لأنه لم يكن له الشراء إلا بإذنتك لأجل موت شريكه ؛ فإن اشترى قبل الموت ببعض المال ، كان ورثة الميت شركاء فيما اشترى قبل الموت ، ويعملون⁽¹⁾ معه فيه ؛ وما اشترى بعد الموت خبرت فيه .

سؤال : ينتقل للوارث عمل القراض والمساقاة ، وخيار البيع ، والرد بالعيب ، والأخذ بالشفعة وهو كثير ، ولا ينتقل إليه الإيلاء ولا النكاح ولا خيار البيع إذا جعل الأجنبي وهو وارثه وهو كثير مع أن الجميع حق للموروث ؛ ومن مات عن حق فلورثته ، فما الفرق ؟ وما ضابط البابين ؟

قاعدة : كل ما كان مالا أو متعلقا بالمال انتقل للوارث ، لأن المال يورث ، فيورث⁽²⁾ ما يتعلق به من خيار وعمل ؛ وكل ما كان متعلقا بيدن الموروث كالنكاح أو رأيه وعقله - كخيار الأجنبي لا ينتقل ، لأن الوارث لا يرث عقله ولا بدنه ، وبهذه القاعدة تظهر الفروق والضوابط⁽³⁾ بين البابين .

فرع :

في الكتاب إذا لم يوجد القراض أو الودائع بعد الموت ولم يوص بها ، فهي في ماله لتفريطه بإحاص بها غرماؤه⁽⁴⁾ ؛ وإن أقر بقراض بعينه أو وديعة بعينها في مرضه - وعليه دين بينة في صحته ، أو بإقراره في مرضه هذا قبل إقراره بذلك أو بعد قرب القراض أو الوديعة ، أخذ ذلك بعينه دون الغرماء ، لقوة تعلق الحق بعينه ؛ وإن لم يعينها حوصص بها مع الغرماء ، لأن الجميع سواء ؛ قال ابن يونس قال ابن حبيب هذا في الموت ، وأما في الفلوس إن عينها اختص بها ، والا فلا بإحاصص ؛ كما يصدق على الغرماء في الدين ، وهذا هو المشهور وفيه

(1) ويعملون : د ، ويغرمون : ي .

(2) فيورث : د ، ويورث : ي .

(3) والضوابط : د ، الضابطة : ي .

(4) المدونة : م 5 - ج 130 / 12 .

خلاف ؛ قال اللخمي اذا لم توجد الوديعة ولم يوص بها ، اختلف : هل تكون في ذمته أم لا ؟ وعلى القول بعدم كونها في الذمة لا يكون القراض في الذمة ⁽¹⁾ ، بل أولى لإمكان تسلف الوديعة ، بخلافه شرعا ؛ واذا خلف مالا ولم يكن معه مال لنفسه فإن محمله على أنه للقراض قليلا كان أو كثيرا ، إلا أن لا يشبه فيكون لصاحب القراض ما يشبه ، والزائد ميراث ⁽²⁾ ؛ وإن كان معه مال لنفسه يعلم قدره ووجد المالان مختلطين فض الربح على قدرهما على ما يقول رفقاؤه أنه ربح في كل صنف ، فإن جهل فعلى قدر المالين ، وكذلك الخسارة إذا لم يكن في الموجود وفاء بالتجارتين ؛ فإن علم أنه خسر في أحدهما ، حملت الخسارة عليه ، وإلا فضت عليهما ؛ وإن جهل ماله وعلم قدره اشتركا في الربح والخسارة بما لا يشك أنه كان له ، فإن جهل قدره وكان في سلع القراض ربح ، بدىء بمال القراض وبما يرى أنه ربح فيه والباقي ميراث .

فرع :

في الكتاب لا نفقة للعامل المقيم ولا كسوة لأن الشرط إنما تناول جزء الربح ولا ينفق في تجهيزه للسفر ، وينفق إذا سافر لطعامه وما يصله ⁽³⁾ بالمعروف - ذاهبا وراجعا - إن حمل المال ذلك ، ⁽⁴⁾ وتلغى النفقة قرب السفر أو بعد وإن لم يسم ⁽⁵⁾ شيئا وله ما بقي بعد النفقة ولا ينفق إذا رجع الى مصره ؛ لأن عادة السفر دون الحضر يقضى بها ويكتسى في السفر البعيد إن حمل المال دون قريبه ؛ إلا أن يقيم بموضع إقامة تحوج للكسوة ، ومنع (ش) النفقة والكسوة مطلقا ، لأنها على نفسه قبل العقد فتبقى عليه ؛ ولأنها زيادة جهالة في الأجرة ، واشتراط منفعة

(1) عبارة (لا يكون القراض) ساقطة في د .

(2) ميراث : د ، موروث : ي .

(3) يطبخه : د ، يصلحه : ي .

(4) المدونة : م 5 - ج 92 / 12 .

(5) يسم : د ، بشر : ي .

يختص بها العامل ؛ ووافقنا (ح) ؛ لنا أن السفر لأجل المال فتجب نفقته⁽¹⁾ كأجرة الحمال والكيال ، ولأن نفقته لو كانت على نفسه ، لاستغرقت الربح فيضيع عناؤه ؛ ولأن الربح قبالة التجارة ، والنفقة لتسليم نفسه⁽²⁾ كالصداق ، والنفقة في النكاح ؛ ولأنه عرف فكان كاشتراطه جزء من الربح ويرد على الأول أن⁽³⁾ ذلك على المال⁽⁴⁾ فكانت على المال ، وهذه عليه قبل العقد ؛ وعلى الثاني التقض بنفقة الحضر ، وعلى الثالث لو صح التشبيه لوجب في الحضر ، وعلى الرابع منع العادة والمعارضة بالقياس على الوكيل والأجير ؛ وبالجملة فالعمدة العادة ، ويقال ان الإجماع منعقد قبل (ش) ، والمقيم شأنه النفقة على عياله من غير قراض ، فالسفر يحدد عليه ما لم يكن ، وبه يظهر الفرق في أقيسة المعارضة؛ قال ابن يونس قال الليث في الكتاب إن شغل الحاضر البيع تغدى ؛ بالإفلاس وأباه مالك، وليس في قليل المال نفقة ولا كسوة ولا ركوب؛ قال محمد : وليس لذلك حد ، غير أن الأربعين كثير عندي والبضاعة مثل القراض في النفقة والكسوة فينفق من السلعة تبعث معه يبيعها⁽⁵⁾ ويشتري بها سلعة قاله محمد ، قال ابن يونس أما ان خرج لتجارة نفسه فبعث معه البضاعة فالعرف عندي ان لا شيء له ، بخلاف إذا خرج لها ؛ قال التونسي له النفقة في القراض في ذهابه ورجوعه - ولو رجع الى بلده ، لأن المال أخرجه ؛ فلو دفع به المال بغير بلاغ ، فلا نفقة له في رجوعه به الى بلده ، بخلاف رجوعه⁽⁶⁾ إلى بلده بالمال ؛ وكذلك قال ابن القاسم إذا كان له بلدان يقارض في أحدهما فلا نفقة في خروجه إلى البلد الآخر ولا في رجوعه ، لأنه يتردد بين بلدين من غير قراض ؛

(1) نفقته : د ، النفقة : ي .

(2) لتسليم : د ، لسلم : ي .

(3) ان : د ، لأن : ي .

(4) المال : د ، الملك : ي .

(5) يشتري : د ، أو يشتري : ي .

(6) عبارة (ولو رجع إلى بلده . . . بخلاف رجوعه) : ساقطة في د .

وقال أشهب له النفقة ذاهبا وراجعا ، لأن حركته لأجل القراض ؛ وإذا تزوج ببلد أنفق حتى يدخل فتصير بلداً له . قال سحنون ليس له السفر بالمال القليل إلا باذنك ، قال وفي النفقة والكسوة⁽¹⁾ في البضاعة نظر ، لعدم العادة ؛ ولا ينفق في المال اليسير إلا أن يأخذ⁽²⁾ من غيره قراضاً أكثر فينفق ما يخصص لعدم الاجحاف مع المحاصة . فإن أخذ القراض وسافر للحج أو اللغو فلا نفقة ، لأن خروجه لغيره ، إلا أن يقيم بعد قضاء ذلك العمل بالمال ، فينفق قدر إقامته ، وينفق في الرجوع من عند نفسه ؛ فإن خرج لحاجة نفسه وحمل معه رأس مال فضت النفقة على ذلك استحسانا قاله ابن القاسم ؛ وقال ابن عبد الحكم لا نفقة له كالغازي⁽³⁾ قال ولعل مراد ابن القاسم أنه خرج لإصلاح ماله ؛ أما لو خرج لزيارة أهله ، فلا نفقة كالحج ؛ قال اللخمي لو عقد نكاحاً قبل أخذ المال ليبني بها في غير البلد ، أو يبني في البلد ثم يخرج فأقام لأجل المال أنفق كالمسافر ؛ وإن نوى البناء بعد الخروج لأمر ، ثم يقيم إذا أتى لم ينفق ؛ وإن تزوج بعد أخذ المال لأجل مقامه للعمل بالمال ، ولولاه لم يتزوج ولم يقيم لم تسقط النفقة ؛ وحمل قول مالك في عدم نفقة المقيم أن العمل لم يقطعه عن الوجه التي ينفق منها ، فقد يكون منقطعاً قبل المقارضة ؛ أما إن عطل صناعته لأجل المال ، أنفق كالمسافر ؛ قال عبد الوهاب للمسافر النفقة والكسوة التي لولا السفر لم يحتج إليها في الحضر ، وحمله على من كانت مؤنته في المقام من غلات أو متاجر يرجو حوالة أسواقها ؛ أما المدير أو ذو الصنعة يعطلها لأجل السفر ، فله جميع النفقة والكسوة كقول مالك .

فروع :

في المستقضى إذا اشترط عليه عدم النفقة في السفر البعيد منه مالك ، لأنه

(1) والبضاعة : د ، في البضاعة : ي .

(2) وغيره : د ، من غيره : ي .

(3) كالغازي : د ، كالكري : ي .

خلاف وضع القراض⁽¹⁾ قال ابن القاسم فان وقع أمضي⁽²⁾ كاشتراط الجزء من
الريح لك .

فرع :

في الكتاب من أخذ قراضاً بغير بلده ليقم بتجر فيه ، فله النفقة ، لأن المال
حبسه إلا أن يوطنها⁽³⁾ ؛ ولو أخذه بالفسطاط وله به أهل فخرج به الى بلد له به
أهل ، لم ينفق ذاهبا وراجعا ؛ لأنه خرج عن أهله ورجع اليهم ؛ ولو أخذ في
غير بلد أهله ثم رجع إلى البلد الذي فيه أهله فتجر هناك لم ينفق في ذهابه إلى
أهله ولا في اقامته عندهم ، وأنفق في رجوعه ؛ قال ابن يونس وعن أشهب :
إذا أخذه بالفسطاط وله به أهل وبالاكندرية أهل ، فخرج إلى الاسكندرية له
النفقة ذاهبا وراجعا دون اقامته عندهم .

فرع :

في النوادر سئل مالك عن الحجامة وشرب الدواء ودخول الحمام للعامل ،
فقال ما كانت هذه قديما وخفف في المتعرض في الحمام والحجامة ؛ واذا سلب
اكتسى من القراض .

فرع :

في الكتاب له أن يؤجر من مال القراض من يخدمه في السفر إن كان المال
كثيراً ومثله لا يخدم لنفسه، ويؤجر للأعمال المحتاج إليها ويكتري البيوت والدواب
ولا يهب شيئا ولا يكافيء لعدم الإذن وله أن يأتي بطعام يأتي غيره بمثله إن لم

(1) انظر ج 5 / 173 .

(2) أمضي : د ، أيضا : ي .

(3) المونة : م 5 - ج 12 / 92 .

يستعمل التفضل⁽¹⁾ ؛ وإذا ضم الى المال قراضا لنفسه أو لغيره ، وزعت النفقة على المالكين ؛ وإن أنفق من عنده رجع⁽²⁾ في مال القراض ، فإن هلك لم يلزمك لتعلقه بالمال دون الذمة ؛ وكذلك إن اشترى بجميع المال سلعا واكترى من عنده ، فإن أدبته وإلا أخذه من ثمن المبتاع وإن اغترقه لتعلقه به ؛ وإن لم يوف فلا شيء له⁽³⁾ ، ولا يكون شريكا في السلع بالكراء ؛ وأما صبغ الثياب أو قصرها فكزيادة في الثمن إن دفعته اليه ، وإلا شارك بما أدى ، لأنه عين قائمة بخلاف الكراء ؛ وقال غيره إن دفع اليه قيمة الصبغ لم يكن الصبغ على القراض ، لأنه كقراض ثان على أن يخلط بالأول بعد العمل بخلاف زيادة العامل على رأس المال في الثمن ؛ لأنه كقراض ثان قبل شغل المال⁽⁴⁾ الأول ، لأن الصبغ بعد الشراء ؛ فإن أعطاه قيمة الصبغ لم يكن على القراض ، ولك ان لا تعطيه ذلك وتضمنه⁽⁵⁾ قيمة الثياب ؛ لأنك لم تأذن له في السلف ، فإن أبيت تضمينه ، كان شريكا في الثياب بقيمة الصبغ من قيمة الثياب ؛ قال صاحب النكت إذا صبغها بمال من عنده الخلاف بين ابن القاسم وغيره في ثلاثة مواضع⁽⁶⁾ : إذا دفعت اليه ما ودّى ، كان على القراض عند ابن القاسم ولا يكون عليه عند الغير بل شريكه⁽⁷⁾ فيقسم الربح على رأس المال وقيمة الصبغ ، فما ناب رأس المال فعلى شرطها⁽⁸⁾ ، وقيمة الصبغ وما حارلها من الربح فلك وله أجرة مثله . الثاني لك ان لا تعطيه شيئا وتضمنه قيمة الثياب عند الغير ، وابن

(1) المدونة : المصدر السابق : م 5 - 93 / 12 - 94 .

(2) ورجع : د ، رجع : ي - ولعلها أنسب .

(3) له : د ، عليه : ي .

(4) كلمة (المال) ساقطة في د .

(5) وتضمنه : د ، ولا تضمنه : ي .

(6) مواضع : د ، مواطن : ي .

(7) شريكه : د ، شريك : ي .

(8) شرطها : د ، شرطكما : ي .

القاسم لا يرى تضمينه؛ والثالث ابن⁽¹⁾ القاسم يقول اذا لم تدفع اليه ، فهو شريك بما ودى؛ وعند الغير اذا لم تضمنه ولا أعطيته شيئا يكون شريكا في الثياب بقيمة الصبغ من قيمة الثياب لا بما ودى ؛ قال اللخمي اذا أخذ مالين كل واحد منفردا⁽²⁾ لا يحمل النفقة وحملان النفقة مجتمعين ، له النفقة عند ابن القاسم والقياس عدما ، لأن كليها يقول ما لى لا تجب فيه النفقة وليس لغيري ادخال الضرر علي ؛ وكذلك اذا كان أحدهما كثيرا والآخر قليلا، لم أر على القليل شيئا .

نظائر : قال أبو عمران يوجب الصبغ الشركة في خمس مسائل : القراض كما تقدم ، والثوب المستحق بعد شرائه اذا أبيت من دفع قيمة الصبغ وأبى المشتري من دفع قيمة الثوب أبيض ، والثوب الذي فلس ربه شارك الصباغ صاحب الدين ، والثوب الذي اطلع على عييه بعد صبغه يشارك بما زاد الصبغ ، والثوب الواقع في المصبغة من غير قصد يشارك بما زاد الصبغ ؛ ولا يوجب الشركة في ثلاث مسائل : صبغ الغاصب وليس له فيه إلا المراجعة بما لكل واحد منها ، وصبغ الثوب الذي غلط في دفعه المشتري ؛ وكذلك القصار إذا دفع غير الثوب غلطا فصبغه الآخر ، فانه يتراجع هو وصاحب الثوب المصبوغ دون القصار .

نظائر : قال العبدى : مسائل الخمسين خمس : الأربعون إلى الخمسين تجب فيها النفقة والكسوة في القراض والبضاعة ، والخمسون ثمن الرائحة ، وقيل الستون دينارا في حيز القليل ويكون وصي الأم وصيا فيها ؛ والخمسون الى الستين حيازة على الأقارب ، والخمسون سنة التعيس .

(1) ابن القاسم : د . ابن يونس : ي - ولعلها أنسب .

(2) منفردا : د . منفرد : ي .

فرع :

في الكتاب اذا ضاع بعضه قبل العمل أو بعده أو خسره، لم يضمنه وهو أمين⁽¹⁾ ؛ فان عمل ببقيته، جبر بربح ذلك ويقتسمان ما زاد على ذلك ولا يفيد جعلها رأس المال ما بقي والمحاسبة حتى يقبضه منه ؛ لأن وضع القراض أن تجبر خسارته بربحه ، وما استهلكه أو تسلفه ضمنه ولا حصة له من الربح ، لانتقاله عن القراض الى الذمة بالضمان والباقي رأس المال ؛ قال اللخمي اذا ضاع بعد الشراء قبل النقد خير بين إخلافه ويكون المتاع قراضا ورأس مال القراض ما يدفعه إلا أن يكون المتاع له ، لأنك لم تلتزم غير ما دفعت ؛ وقال⁽²⁾ المغيرة تجبر على الإخلاف ، لأنك أدخلته في الشراء .

فإن كانت مائة فضاع خمسون خيرت بين الإخلاف ويكون رأس المال مائة وخمسين ، أو لا تحلفها ويغرمها العامل ويشارك بالنصف ؛ واذا اختلفتا فبيع المتاع بمائة وخمسين وقراضكما على النصف فله اثنا عشر ونصف ، لأن نصف السلعة⁽³⁾ على القراض الأول ورأس ماله مائة ولا شيء للعامل فيه ، ونصفها للقراض الثاني ورأس ماله خمسون ، وله نصف ربحها ؛ ولا يجبر الأول بربح الثاني، لأنهما قراضان، لدفعك بعد الشغل الأول وان لم تحلفها شارك بالنصف⁽⁴⁾ فيما يباع به ولا ربح له فيما ينوب القراض إلا أن يبيع بأكثر من مائتين ولك أن تحلف خمسة وعشرين ويكون المتاع بينكما على أربعة أجزاء : ربع للعامل ، وربع لك علي للقراض رأس ماله خمسة وعشرون ، ونصف على القراض الأول ؛ فإن باع بمائتين فله اثنان وستون ونصف ، خمسون عن نصيبه منها - وهو الربع، واثنا عشر ونصف نصيبه من الربح عن الربع الآخر ، ولا شيء له في

(1) الملوثة : م 5 - ج 99/12 .

(2) وقال : د ، قال : ي .

(3) نصف السلعة : د ، النصف في السلعة : ي .

(4) بالنصف فيما : د ، بالنصف الثاني فيما - بزيادة (الثاني) : ي .

النصف ، لأن ربحه جبر للوضيعة ؛ فإن قدر بعد ذلك على غاصب الخمسين ، كانت الربح فتقسم ؛ ولو أكل خمسين وتجبر في خمسين فصارت مائة وخمسين ، فلك رأس مالك مائة ؛ قال ابن القاسم إذا كان القراض ألفا فاشترى⁽¹⁾ بها عبداً قيمته ألفان ، فنقصه السيد بجناية ألفا وخمسة مائة ، فتجبر في الخمس مائة فهو على القراض الأول⁽²⁾ ولا يكون فعل السيد مفاصلة ؛ وقال عبد الملك إذا أحضر المال وحاسبه ولم يقبضه وخلا رأس المال مما بقي بعد المحاسبة ، فهو فسخ للقراض الأول ؛ ولو أعلمه بالنقصان ولم يحضره⁽³⁾ ، صح أيضاً عند ابن حبيب ؛ قال ابن يونس⁽⁴⁾ لا يقسم ربح إلا بعد كمال رأس المال ، قال التونسي إذا ذهب اللص بجملة المال فأعطاه غيره فلا جبر ، إنما الجبر إذا بقي من الأول شيء .

فرع :

في الكتاب ربح في المائة مائة ، ثم أكل مائة⁽⁵⁾ ، ربح في الباقي فالمائة في ضمانه والباقي على شرطها⁽⁶⁾ ؛ ولو ضاع لم يعد ما في ذمته ربحاً إلا بعد رأس المال . قال ابن يونس قيل إن فلس وقد أخذ من المائة خمسين قبل أن يتجر ثم تجر في الباقي فصار مائة ثم فلس ، فعلى ما تقدم يكون أحق بالمائة من الغرماء ومحاصص بالخمسين ، لأن الربح أولى أن يجبر به من أن يكون للعامل كما لو ضاع خمسون وتجبر في الباقي فصار مائة فإنك أولى بها⁽⁷⁾ .

(1) فاشترى : د ، واشترى : ي .

(2) كلمة (الأول) ساقطة في د .

(3) يحضر : د ، يحضره : ي .

(4) ابن القاسم : د ، ابن يونس : ي - ولعلها أنسب .

(5) جملة (ثم أكل مائة) ساقطة د .

(6) الملونة : م 5 - ج 101/12 .

(7) كلمة (بها) ساقطة في د .

فرع :

في الكتاب اذا اشترى فضاء المال أو تسلفه قبل النقد غرمه العامل ولا شيء عليك⁽¹⁾.

فرع :

قال اذا خاف إن قدم ماله أو أخره عن مال القراض ، وقع الرخص في ماله ، فالصواب خلطهما ولا يضمن⁽²⁾ ، لأن ذلك ليس تعديا ، ويمتنع اشتراط الخلط ، لأنها منفعة لك ؛ ولا يجوز له أن يشارك ، لأن يد الشريك تصير على المال وقد لا ترضى أمانته ؛ ويضمن للتعدي ، ولا عاملا آخر ؛ كما لا يستودع الوديعة عند من لك عنده وديعة ، وقد يؤتمن الرجل على القليل دون الكثير ؛ ولا يبيع أحدهما من الآخر بمحاباة ، لأنه خلاف مقتضى العقد ؛ ولا يبضع مع غيره بضاعة ، ويضمن إن فعل - ولو كان ذلك مع عبد لك اشترط معونته ؛ ولا يوجه مع عبده بعض المال لبلد ليتجر فيه ، لأنك لم تأتمن عبده ولا عبدك وتضمن ، وتعذر في الإيداع في السفر وبخواب المنزل أو كونه ليس حرزا وليس عنده من يثق به⁽³⁾. قال ابن يونس : قال أصبغ لا يمتنع اشتراط الخلط⁽⁴⁾ بل يكره ولا يفسخ ، ولم يكرهه أشهب ؛ ولو ربح في أحدهما ولم يتعين فلا شيء له في الربح ، وهو بين صاحبي المالين ، لأنها بيد اعيان ؛ ولا يمكنه ايداعها⁽⁵⁾ ، لعدم تعيين حقه في أي من توجه لخصومته قاله في المدونة ؛ قال سحنون وإن أخذ من رجل على النصف ومن آخر على الثلث ؛ فاشترى سلعتين صفقتين بشمين

(1) المدونة : م 5 - ج 102 / 12 .

(2) المصدر السابق .

(3) كلمة (به) ساقطة في د .

(4) كلمة (الخلط) ساقطة في د .

(5) عبارة (فلا شيء له . . .) ولا يمكنه ايداعها ساقطة في د .

مختلفين ، فكل مال على حدة ، ثم أشكلت الرفيعة من أي المالين هي فادعاها⁽¹⁾ صاحب المالين فلا ضمان عليه ؛ كما لو اختلطت الودائع بالنسيان، فإنها يتحالفان ويتفاسخان الوديعة الكثيرة وتبقى القليلة بيده ، وكذلك ههنا ؛ وعن ابن القاسم إذا اشترى بالمالين جارتين فاختلطتا عليه ، ضمن قيمتهما إلا أن يرضيا بالشركة فيهما ؛ فإن خسر لم يكن عليه شيء ، أو ربحا فعلى شرطه : ويجري الخلاف الذي فيمن أودع مائة فادعاها⁽²⁾ رجلان ولم يدر المودع لمن هي ؟ قيل يضمن لكل واحد منها مائة ، وقيل لا ضمان عليه ويعذر بالنسيان ويقسمانها بينهما ؛ والذي تقتضيه قاعدة التداعي إذا كان لأحدهما عشرة وللآخر عشرون فاشترى جارتين قيمة أحدهما أربعون والأخرى عشرون وأمكن أن تكون ذات الأربعين هي المشتراة بعشرة والمشتراة بعشرين ، فبيعت الواحدة بأربعين ، فادعاها : فيقول صاحب العشرة لي ربح ثلاثين ، لكل واحد خمسة عشر ، ويقول الآخر لي ربح عشرة وللعامل عشرة ، فيقال له سلمت خمسة من الربح لصاحب العشرة ، لأنك لا تدعي من الربح إلا عشرة وهو يدعي خمسة عشر تقسم⁽³⁾ بينكما عشرة ، فيأخذ صاحب العشرة ثلث نصف الربح ؛ وعن ابن القاسم عكس هذا وقال يقسمان على قدر رأس ماليهما ، وعن ابن القاسم إذا شارك فيما لا يغاب عليه لم يضمن ؛ قال اللخمي شركة العامل ثلاثة أوجه : يجوز إذا كانت في شراء شيء⁽⁴⁾ بعينه ينفرد بشرائه ويكون عنده⁽⁵⁾ ، أو بليان الشراء⁽⁶⁾ جميعا ، أو يكون تحت أيديهما ؛ فإن نظر العامل يغيب ، ويمتنع إذا كان الآخر هو متولي الشراء أو تحت يده لاستقلال من لم يؤمنه بالتصرف والحفظ ، ويجوز في غير المعين إذا انفرد العامل بالشراء ،

(1) فادعاها : د ، وادعى : ي .

(2) فادعاها : د ، فادعى ذلك : ي .

(3) تقسم : د ، فيقسم : ي .

(4) كلمة (شيء) ساقطة في د .

(5) غيره : د ، عنده : ي - وهي أنسب .

(6) الشراء جميعا : د ، الشراء بينهما جميعا - بزيادة (بينهما) : ي .

أو اجتماعا ويكون تحت يده أو يديها ؛ ويمتنع إذا كان الآخر هو المتولي للشراء والدفع، ويختلف في الضمان ؛ فإن انفرد الآخر بالشراء والدفع⁽¹⁾، ضمن الخسارة الضياع، وكذلك إذا انفرد بالشراء وكانت تحت يدك، فإن وليت الشراء وجعلت تحت يد الأجنبي ضمن الضياع لتسليمه دون الخسارة ، لأن الشراء كان بنظرك ؛ فإن كنت فقيرا والأجنبي غني عالم بأن المال قراض لا تضمن خسارة ولا ضياعا ، كمن اشترى من غاصب ثم باع⁽²⁾ ثم استحق لاضمان على المشتري - وفيه خلاف ؛ وإذا أبضع مع غيره فخرس أو ضاع ضمن لتعديه ، فإن ربح والبضاعة بأجرة ، فللأجنبي اجرة المثل من ذمة العامل ؛ ثم إن كانت أكثر من الجزء فخسارة ما بين ذلك على العامل ، أو أقل فالفضل لرب المال ، لأنه إنما جعل للعامل ليعمل بنفسه فلم يعمل ؛ فإن كانت البضاعة على وجه المعونة للمكارمة للعامل بغير عوض ، فللعامل الأقل من الجزء أو أجرة المثل ، لأن الأجنبي لم يتطوع بعمله⁽³⁾ إلا للعامل ؛ قال صاحب النكت قيل ان وهب أو حاي يجوز في نصيبه ويتفاضلان في الوقت ، اذ ليس له تنقيص مال القراض ؛ واذا باع أحد العاملين من صاحبه بمحاباة والمالان لك ان خسرا جميعا فلا مقال لك، وانما تقوم حجتك إذا خسر المحابي ، لأنك تقول لو كان معه الذي حابي به لم يخسر .

فرع :

في الكتاب لا يقارض إلا باذنك⁽⁴⁾ وقاله (ش)، لأنك لم ترض أمانة غيره ؛ وجوز له (ح) الابضاع والايدياع ، لأنه من جملة التصرف في المال

(1) أو الدفع : د ، والدفع : ي - ولعلها أنسب .

(2) باع : د ، ضاع : ي .

(3) بعمله : د ، بفعله : ي .

(4) المدونة : م 5 - ج 104/12 .

الذي فوض اليه تنميته وحفظه ؛ فإن أخذه على النصف فتعدى فدفعه بالثلثين⁽¹⁾ ضمن وريح الثاني بينكما نصفان ، ويرجع الثاني ببقية الثلثين على الأول ، وكذلك المساقاة ؛ ولو خسر مع الأول النصف ثم دفعه للثاني على شرطه فزاد الربح ولم يعلم الثاني بذلك ، أخذت رأس المال ونصف الزائد ؛ وأخذ الثاني ما بقي ويرجع على الأول بتمام النصف من الربح على النصف الذي أخذه ؛ وقال أشهب لا يحسب رب المال على الثاني إلا النصف مع رأس المال فيأخذه ونصف الربح عليه ، لأنه الذي أخذه ، فإن⁽²⁾ أتلّف الأول النصف متعديا رجع عليه بتمام عشرة ومئة إذ أصل المال ثمانون⁽³⁾ ؛ وإن هلك بأمر سواي رجع بتمام تسعين عشرة بقية رأس المال ، وعشرة حصته من الربح ؛ ولا يأخذ ذلك من الثاني فيظلمه ويبطل عمله ، ورجوعه على الأول لتعديده؛ وإذا أمر من يقتضي الديون بغير أمرك، ضمن ما تلّف⁽⁴⁾ بيد الوكيل .

فروع :

في الكتاب إذا اشترطت ألا يبيع إلا بنسيئة فباع بنقد ، لا يكون هذا القراض جائزا⁽⁵⁾ لأنه شرط على خلاف العقد ؛ قال غيره هو متعد كما لو اشترطت⁽⁶⁾ ألا يشتري الاصفى ، فاشترى غيره ضمن والفضل والوضيعة لك وعليك ولا أجرة له في الوضيعة وله في الفضل قراض مثله ؛ لأن أجرة مثله قد تذهب بالفضل كله وينصف رأس المال ، وهو متعد فيكون نال بتعديده ما طلب . قال التونسي ولم يجب ابن القاسم ماذا يكون إذا نزل وعنده إذا أمر رجلا يبيع

(1) بالثلثين : د ، على الثلثين : ي .

(2) فإن : د ، وإن : ي .

(3) أصل ثمانون : د ، إن كان المال ثمانون : ي ، ولعل الأنسب ما أثبتته .

(4) كلمة (تلّف) ساقطة في د .

(5) المدونة : م 5 - ج 115 / 12 .

(6) اشترط : د ، اشترطت : ي - ولعلها أنسب .

سلعة نسيئة فباع بنقد ففاته ، ضمن قيمتها نقدا ؛ فان باعها نقدا بأكثر من قيمتها أو قيمتها لم يضمن ، لأن ما سمي من الأجل لا عبرة به؛ ومن مذهبه في التحجير في القراض يرد إلى أجره المثل ، فلما أمره ألا يبيع ما اشترى الا بنسيئة فقد اذن في الشراء فهو غير متعد فيه فله أجرته في الشراء ويفسخ القراض ؛ فان باع بنسيئة فلا تعد فله أجره مثله ويفسخ ويقتضي رب المال الثمن أو ينقد فسخ إن كانت قائمة ، فإن فات وما باع به ثمنها لم يضمن شيئا ولا أجره له في بيعها ؛ لأنك تقول أغرمك قيمتها يوم التعدى ، فلا شيء علي من إجارة البيع وعليك أجره الشراء . قال صاحب النكت : اذا باع بالنقد خيرت بين إجارة البيع وله أجره مثله في الشراء والبيع بالغه ما بلغت، وبين رده وله أجره مثله في الشراء دون البيع ؛ فإن فاتت عند المشتري خيرت بين تضمينه قيمتها ، وله أجره مثله في الشراء⁽¹⁾ أو تأخذ الثمن وله أجره مثله في الشراء أو البيع ، هذا الذي يجري على مذهب ابن القاسم .

فرع :

في الكتاب اذا باع فأخبرت المبتاع بالثمن جاز ذلك في حصتك ، فإن هلك وقد قبض حصته لم ترجع عليه ؛ وكذلك تجوز هبتك في حصتك⁽²⁾ .

فرع :

منع مالك وأصحابه مع القراض شرط سلف أو بيع أو كراء أو إجارة أو قضاء حاجة ، لأنها إجارة بأجرة مجهولة ؛ ولا يشترط أحكما لنفسه شيئا خالصاً، لأنه غرر؛ فإذا نزل ذلك، فهو أجبر إلا أن يسقط الشرط قبل العمل؛ قال صاحب المقدمات شروط القراض ثلاثة أقسام: ما يخرج عن سنة

(1) عبارة (دون البيع . . . أجره مثله في الشراء) ساقطة في د .

(2) الملونة : م 5 - ج 106/12 .

القراض ، وما لا يخرج - وهو قسمان : ما يجوز ابتداء من غير كراهة مثل أن لا يشتري حيوانا ولا يركب البحر ، ولا يخرج من البلد ونحوه ؛ وما يكره ابتداء ، فإن نزل مضى كالتجار يتزلون بمكان فيعطى أحدهم الآخر المال على أن يشتري ويبيع منهم ونحوه⁽¹⁾ ، وما يفسده يفسخ به قبل العقد⁽²⁾ وبعده ، ويرد إلى مساقاة المثل أو قراض المثل ؛ بخلاف المساقاة التي يرد فيها إلى مساقاة المثل ، لا تفسخ بعد العقد⁽³⁾ ؛ وحيث يفسخ فيتأدى في بيع عروض القراض حتى ينص المال . وحكى عبد الحق عن بعض الصقليين : لا يفسخ ما يرد فيه إلى قراض المثل بعد العمل - كالمساقاة - يريد إذا عثر عليه بعد الشغل في السلع لا يرد لها سلفا ولا يجبر على بيعها إلا في سوقها ، ولا يريد التماضي بعد نضوض المال فليس حينئذ خلافا لقول ابن حبيب ومحمد المتقدم ، والفرق : أن المساقاة لها أجل فينتظر ، وإن كان أعواما ، والقراض لا أجل له بل نضوض المال ؛ فإذا شرع استوى قراض المثل ومساقاة المثل في التماضي إلى الأجل المعين اللائق بهما ؛ وفي الكتاب إذا شرطت أن يسلفك العامل فهو أجر الربح ، لأنه نفع ؛ فلو اشترطت إخراج مال من عنده يعمل به مع مالك امتنع ، لانتفاعك بتكثير المال⁽⁴⁾ ؛ قال ابن يونس : قال اصبح الا أن يقل حتى لا يقصد به التكثير ، وإن وقع الكثير أمضيته على قراضها ما لم يقصد تكثير الربح . قال اللخمي إذا شرطت عليه ضمان المال - إن هلك ، وأنه غير مصدق في دعوى الهلاك ، سقط الشرط ولم يضمن ، وله قراض المثل عند ابن القاسم ؛ وقال مالك الأقل من المسمى أو من قراض المثل .

فرع :

في الكتاب يمتنع بيعك عبدا من القراض بغير إذن العامل وله رده

(1) انظر ج 3 ص 11 .

(2) العقد : د ، العمل : ي .

(3) المدونة : م 5 - ج 12 / 109 - 110 .

واجازته ، لأن العمل مفوض اليه بعقد يوجب استحقاقه ، بخلاف الوكيل فلا يتزع التصرف من يده كالأجير ولم يوقفه (ح) على اجازته كالوكيل .

فرع :

في الكتاب⁽¹⁾ يكره أخذ القراض على أن لا يشتري به حتى يبلغ ذلك البلد المعين⁽²⁾ ، لأنه تحجير ؛ قال ابن يونس وعند ابن القاسم جوازه ، لأنه قد يكون مقصد القراض؛ قال اللخمي سفر العامل ومنعه ستة أقسام إن لم يشترط المقام ولا السفر فله السفر عند مالك، لأنه شأن القراض وقاله (ح) ، ومنع (ش) السفر إلا باذنك للغرر بالمال في البراري والبحار ؛ وجوابه الاذن العادي حاصل في ذلك ، ووافق ابن حبيب (ش)؛ قال والحق أنه إن كان شأنه السفر سافراً، أو صانعاً أو مديراً شأنه الإقامة لا يسافر ؛ وان حجر عليه في السفر جاز ، وقيل يمتنع؛ لأن المتجر قد يضيق عليه كلاهما لمالك ، فإن خالف فهو متعدي ضامن ؛ وان اباح له السفر مطلقاً أو موضعاً معيناً أو المواضع إلا موضعاً معيناً جاز ؛ وان شرط عليه السفر ومنعه من التجر في البلد ، منعه ابن القاسم، واجازته أصبغ ؛ وعلى أصله يجوز ان يقارضه فيما يدخر يجوز، لأن تأخير كالتأخير عن البلد ولو كان شأنه السفر فاشترى ما يجلس به للتجارة فهو متعد ، وكذلك لو كان بزازاً فاشترى غير شأنه .

فرع :

في الكتاب يمتنع بيعه بالنسيئة الا بإذنك⁽³⁾ خلافا (ح) ، فإن فقل ضمن لأنه الذي غرر بالمال ؛ وان احتال بالتمن على مالىء أو معدم الى أجل ضمن قيمته

(1) جملة (في الكتاب) ساقطة في د .

(2) الملونة : م 5 - ج 111/12 .

(3) المصدر السابق : م 5 - ج 116/12 .

يوم البيع اذا تلف ، واذا باع بالنقد فاحتال ضمن الثمن بعينه .

فرع :

في الكتاب لا يشترط عليه أن لا يشتري إلا البز⁽¹⁾ للتحجير، إلا أن يكون موجوداً في الشتاء والصيف⁽²⁾ وقاله (ش)، وجوزه (ح) في النادر كالوكالة ؛ وحيث جاز الشرط فلا يتعداه ولا يبيع البز بعرض غيره لئلا يتناع غير البز وله اشتراط ذلك بعد أخذ المال وقبل تحريكه في شيء، ولك اشتراط ان لا ينزل واديا ولا يسير ليلا ولا في بحر ولا يشتري سلعة⁽³⁾ كذا ؛ فإن فعل ضمن ، فإن اشترطت ان لا يشتري سلعة بعد العقد ، فاشترها ضمن ؛ ولك أخذها للقراض ، لأنه شراء فضولي تصح إجارته ، ولك تضمينه المال ؛ فلو باعها فالربح على شرطكما، والوضيعة عليه خاصة للمخالفة؛ وكذلك ان سلف من المال ما اشترى به سلعة لنفسه، ضمن الخسران للشراء لنفسه - والربح بينكما للشراء بمال القراض ؛ واذا اشترى المنهي عنه فحصل فيه وضیعة ، أو تجر بما تعدى فيه فخرس فقال غرماؤه انت أسوتنا ، ان ضمنته فانت أحق بالعين منهم ، لأنه مالك وان شئت ان تشركه في السلع أو تسلمها أو تضمينه رأس المال ؛ فإن اسلمتها كنت أسوة الغرماء، وان نهيت عن الخروج بالمال من مصر فخرج به ورده عينا قبل ان يتجر فيه ، فتجر بمصر فخرس أو ضاع ، لم يضمن لرده قبل تحريكه ، كراد الوديعة بعد إنفاقها ؛ وان هلك بعد تجهزه للسفر ، فله الخروج لحقه في ذلك بالعقد ؛ فإن شرطت للعمل حانوتا معينا أو سوقا أو لا يشتري إلا من فلان ، أو على أن يزرع ، امتنع للحجر وهو أجير ، والزرع والربح والخسارة لك وعليك . قال صاحب القبس لا يشتري إلا من فلان وهو متسع الحال يجوز عند اصحابنا

(1) نفس المصنوع .

(2) يشتري إلا سلعة كذا : د ، يشتري سلعة كذا - باسقاط (الا) : ي - ولعلها أنسب .

قياسا على الصنف المتسع⁽¹⁾. قال ابن يونس إن لم يشغل حتى نهاه عن التجر فاشتري متعديا ضمن المال والربح له⁽²⁾ كالمشتري بوديعة سلعة ، بخلاف نهي عن سلعة فيشتريها ، لأنه مأذون له في حركة المال من حيث الجملة فليس له أن يستبد بالربح بتعديه ؛ وهذا مالم يقر بشرائها للقراض ، والا فالربح على القراض ، ولا يخرج ذلك من الضمان ؛ وليس له منعه من السفر بعد الشراء ، لتعلق حقه بالسفر ؛ قال اللخمي لك نهي على أحد القولين بعد شغل المال فيما لا غاية له⁽³⁾ كالكرء مشاهرة ؛ واختلف اذا اشترطت عليه أن يزرع به فأجيز وكره ، فإن زرع من غير شرط جاز ؛ فإن خسر ، لأنه لم يتم ، أو لرخص السعر لم يضمن ؛ وإن ظلم ظلما حادثا لم يضمن ، أو متقدما وهو عالم به ضمن كانت⁽⁴⁾ الخسارة من الزرع أو الظلم لتعديه في أصل فعله ، والتمن في ذمته في أول ما زرع ؛ وإن عمل مساقاة بشرط فعلى الخلاف ، أو بغير شرط جاز على ما تقدم في الزرع ؛ وإن أخذه على أن لا يتجر الا في البزفتجر في غيره⁽⁵⁾ فخسر ضمن ، أو ربح فعلى القراض ، لأنه لا يجوز الربح بتعديه ؛ والقياس ان له الاقل من ثلاثة : المسمى ، أو قراض المثل ، أو أجرة المثل . قال التونسي ان تعدى فأسلم في طعام ، قال ابن القاسم يغرم رأس المال و ينتظر بالطعام حتى يقبض ، فإن كان فيه ربح اقتسماه ؛ وفي كتاب محمد اذا قام غرماؤك بعد خروجه بالمال وأمكن بيع السلع بيعت وأخذه الغرماء ، وأما غرماؤك فلا شيء لهم الا بعد وصول المال اليك لعدم استحقاقه قبل ذلك ؛ قال والاشبه ألا يكون ذلك أيضا لغرمائك⁽⁶⁾ لتعلق حقه ، ويمتنع أن

(1) كلمة (المتسع) ساقطة في د .

(2) كلمة (له) ساقطة في د .

(3) لك : د ، له : ي - ولعلها الأنسب .

(4) كانت : د ، لأن : ي .

(5) البزفتجر في بحر : د ، البزفتجر في غيره : ي - ولعلها أنسب .

(6) أيضا لغرمائك : د ، أيضا إلا لغرمائك - بزيادة (إلا) : ي .

يشترط عليه شراء حيوان للنسل او للغلة ، أو يشتري بدين ، للتحجير وما تسلف او اشتراه بدين بأكثر من رأس مال القراض ، فربحه له دونك⁽¹⁾ لأنه ضمن الأصل ؛ ولو اشترى ظهراً فأكره ضمنه ابن القاسم ، وان لم يشترط عليه غرم ذلك ؛ بخلاف أن يزرع ، لأن الغالب أن القراض لا يقصد لذلك ؛ قال مع ان هذا الفرق يشاركه الزرع فيه . قال صاحب النكت اذا أخذ المال ليشتري به سلعة أى أخذه قبل شرائها ولم يسمها لك ولا بائعها بل قال وجدت سلعة رخيصة فأعطى ثمنها جاز ، وقد فعله عثمان بن عفان رضى الله عنه . وإن قلت⁽²⁾ اشتري سلعة فلان امتنع ، لأنه قراض على أن لا يشتري إلا سلعة معينة ؛ فإن نزل غرم مثل المال الذي قبض والسلعة له ؛ وينبغي ان يكون في هذا القراض أجيراً . وقاله محمد ، وانما يغرم مثل ما قبض اذا اشترى ولم ينقد .

فرع :

في الكتاب⁽³⁾ لا يشتري بأكثر من رأس المال ليضمن ما زاد دينا في القراض ، لأن سنة القراض ألا يشتري عليه بالدين فالربح حينئذ لك ؛ وان اشترى بأكثر من رأس المال ونقد فهو شريك بما زاد ، لأنه ضم قراض إلى قراض ؛ وإن كان الزائد دينا⁽⁴⁾ عليه لا على القراض ، قوم بالنقد وشارك بالقيمة ؛ قال صاحب التنبيهات قوله اذا كان رأس المال ألفاً فاشترى بألفين يكون شريكا ، قال ابن لبابة معناه اشترى بالزائد لنفسه ؛ ولو اشترى للقراض ، خيرت كما قاله في الكتاب ؛ وقال فضل بل لو⁽⁵⁾ اشترى للقراض ، ومعنى قوله شريكا : ان لرب المال

(1) لك دونه : د ، له دونك : ي .

(2) قلت : د ، قال : ي .

(3) لا يشتري : د ، ألا يشتري : ي .

(4) دينا عليه : د ، عليه دينا : ي .

(5) كلمة (لو) ساقطة في ي .

الدفع . قال ابن يونس وإذا⁽¹⁾ اشترى بدين على القراض ، قال محمد يكون ربح السلعة التي اشترت بذلك خاصة وخسارتها له وعليه لضمانه قيمتها ؛ ويمتنع ان يتناع زائداً ويطلب منك الثمن على القراض لتعلق ثمنها بدمته عند الشراء ، ويمتنع أن يشتري حتى يبيع ويوفيه ، لأنه دين على القراض ؛ قال محمد يمتنع الشراء بالدين على القراض والسلف علي اذنت فيه ام لا ، لأنك تأخذ ربح ما ضمنه في ذمته ، لا ربح مالك ؛ قال ابن القاسم لو اشترى بمال القراض وهو في بيته واستلف ما نقد منك أو من أجنبي فنقد⁽²⁾، ثم باعها واشترى بمال القراض فرج السلعتين وخسارتها او إحداها في القراض ؛ ويجبر خسارة إحداها بالربح في الأخرى ، لأنه كان يمكنه نقده عاجلاً ؛ وعن مالك : اذا اشترى قراضاً ديناً عليه ، قومت السلعة المشتراة بذلك الزائد ؛ وأنكره سحنون بل يقوم الزائد كما ذكره⁽³⁾ في الكتاب ، لأنه الذي حصلت به الشركة ؛ قال اللخمي إن لم يكن مديراً فكما تقدم في التدانين على القراض ، والاجاز على ان يشتري بما ليس معه على النقد ليدفع من القراض ، لأنه لا يستغنى عن ذلك .

فرع :

في الكتاب اذا عجز بعض الثمن فأخذ من رجل قراضاً فنقده بها لم احب ذلك ، لثلا يكون قد استغلاها⁽⁴⁾ ؛ وان سألك ان تنقد عنه ثمن سلعة ويكون قراضاً بينكما امتنع ، لأنه سلف للنفع ولك مالك والربح والخسارة له وعليه لفساد العقد ؛ قال ابن يونس قال محمد إن لم يكن استغلاها إذا عجز بعض الثمن أجزته وأكرهه ابتداء ؛ قال ابن حبيب ان انكشف انه استغلاها رجع عليه

(1) واذا : د ، اذا : ي .

(2) واستلف : د ، واسلف : ي .

(3) فنقد : د ، فنقده : ي .

(4) ذكره : د ، قاله : ي .

(5) المتنونة : م : 5 - ج 121 / 12 .

بالزيادة على قيمتها يوم الشراء دون يوم البيع ، قال محمد لو كان أخذ مالك لينقده في سلعته على أنها قراض قبل أن يستوجبها وتجبر ، عليه ضمانها ؛ وان لم يسمها جاز ، كأصل القراض .

فروع :

في الكتاب اذا قيم عليه بالعيب فحط أكثر من قيمته أو أقل او اشترى من والده ، فما كان نظراً بغير محاباة⁽¹⁾ جاز ؛ ولو اشترى بجميع المال عبداً فرده بعيب فرضيته منعت ، لأن له حقا في جبر الخسارة بفضله ، الا أن يقول أنت ان لم ترض أترك القراض ؛ ولو رضي هو بالعيب على وجه النظر ، جاز لتفويض الأمر اليه دونك .

فروع :

في الكتاب اذا نقد الثمن بغير بينة فجحدته البائع ضمن⁽²⁾ ، وكذلك الوكيل ؛ فلو علمت قبضه للثمن بإقراره ، فلك تغريمها لتعديها ؛ الا أن يدفعها المال بحضرتك ، لأنه حينئذ برضاك فلا تعدي ؛ قال ابن يونس قيل ان دفع الثمن قبل قبض السلعة ، غرم قيمتها لتفريطه .

فروع :

قال ابن يونس قال في الكتاب لو قتل عبداً من القراض عبد لرجل فاختلفتما في القصاص والعفو على مال ، قدم العافي وجعل المأخوذ قراضاً موضع العبد⁽³⁾ ؛ لأنه أقرب لوضع القراض ، وقال (ش) ان لم يكن في المال ربح قبل القتل فلك القصاص لعدم حق العامل ؛ وان عفوت على مال ، فهو موضعه للقراض ؛

(1) المصدر السابق : م 5 - ج 12 / 122 .

(2) المصدر نفسه : م 5 - ج 12 / 123 .

(3) نفس المصدر : م 5 - ج 12 / 126 .

وإلا، فليس لك القصاص الا برضاه ؛ ولو قتله سيده ، فقيمته في القراض ؛ قال اللخمي اذا كان بعض المال واتفقا على القصاص جاز⁽¹⁾ ، ولا يحط من رأس المال كالذي يهلك منه ؛ وان طلبت القصاص والمقتول جميع المال ولا فضل فيه ، وقال سيد القاتل أفتدي أو أسلم قدمت ؛ لأنك مالك، ولا حق للعامل حينئذ ؛ وان كان في المقتول فضل وقال سيد القاتل أفتدي، أو في القاتل فضل وقال أسلمه ، قدم العامل في عدم القتل لحقه في المال ؛ ولا يقبل قول العامل في القصاص - كان فيه فضل أم لا، لاختصاص تصرفه بتنمية المال ؛ قال صاحب التنيهاث قوله في الكتاب لك القصاص إذا لم يكن في العبد فضل ، قال ابن سلمة كيف يكون ذلك لك والعامل يتوقع ارتفاع سوقه ؛ قال صاحب التنيهاث تأمل قوله في الكتاب وهذا في القتل ، فإنه يدل على أن الجراح بخلافه ؛ قالوا لأن في القتل مفاصلة ، وفي الجراح يبقى العبد بيد العامل فيكون القصاص تنقيصاً لرأس المال ويجبره العامل بالربح .

فروع :

قال اللخمي إذا تجر في القراض لنفسه ضمن الخسارة والتلف لتعديه ، والربح على القراض ان كان التجر في وقت الإذن ؛ لأن تعديه لا يملك الربح ، وإلا فله ، لتمحض الغصب؛ وان أخذه ليعمل به في البلد في صنف بعينه وأمكنه العمل فيه⁽²⁾ فاشترى غيره فالربح على القراض ؛ والقياس⁽³⁾ على الأقل من المسمى او قراض المثل نظراً للعقد ، ولكونه عمل على⁽⁴⁾ غير المستأجر عليه ؛ وان تجر لنفسه حين تعذر التجر في ذلك الصنف، فالربح له لانتفاء الإذن بالتعذر ؛

(1) والا : د ، ولا يحط : ي .

(2) به : د ، فيه : ي .

(3) كلمة (على) ساقطة في د .

(4) كلمة (على) ساقطة في ي .

وان تجر في ذلك الصنف وباعه واشترى غيره وكان أخذه للمال على وجبة واحدة وريح، فالصفقة الثانية له، إلا أن يحسبه عنك فيكون له كالغصب؛ وان أخذه ليشتري به من البلد الذي يخرج إليه فاشترى قبل خروجه وباعه هناك، فالريح والوضيعة له وعليه، لانتفاء الإذن من الشراء؛ وان قارضته ليشتري عبد فلان، فسد العقد؛ فان اشترى غيره لنفسه بعد امتناع سيد العبد من بيعه، فالريح له، لانتفاء الإذن والتمكن؛ وان كان قبل طلبه ويعلم أنه يبيعه، فالريح للقراض؛ لأنه لا يأخذ الربح بتعديه مع إمكان المأذون فيه.

فرع :

قال اللخمي يمنع بيع أحدكما عرض القراض قبل، أو ان يبيعه ويرد، لأنه مناقض لمقصود القراض؛ فان فات به المشتري مضى بالتمن، قال والقياس ان يغرمك العامل ما يتوقعه من الربح إن بعث.

فرع :

في الكتاب إذا اشترى من يعتق عليه عالماً بذلك مليئاً، عتق عليه وغرم رأس المال لك وحصتك من الربح⁽¹⁾، لأن بعلمه دخل على التزام المال، ولملته ينفذ عتق قريبه عليه؛ وان لم يعلم وفيه فضل فكذلك، لأنه يملك بعضه بحصته من الربح فيكمل عليه؛ فإن لم يكن فيه فضل، لم يعتق وبيع؛ أو فيه فضل ولا مال للعامل عتق بقدر حصته للملكه اياها، وبيع الباقي إذ لا تكميل على معسر علم أم لا؛ وان اشترى أباك ولم يعلم عتق عليك لدخوله في ملكك لقوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم عتق عليه⁽²⁾ - ولك ولاؤه، وتغرم حصته

(1) المدونة : م 5 - ج 12/124 - 125 .

(2) لفظ الحديث : من ملك ذا رحم محرم فهو حر، أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن

ماجه من حديث سمرة بن جندب .

انظر فيض القدير 6/ 229 .

من الربح ان كانت ؛ وان علم وهو مليء عتق عليه، لضمانه بالتعدي على إفساد المال بادخال قريك في ملكك والولاء لك لعتقه على ملكك ويغرم لك ثمنه ؛ فإن لم يكن له مال، بيع منه بقدر رأس المال وحصتك من الربح صونا للمالك عن افساد العامل له ، إذ لا غرم عليه لعسره ؛ وعتق عليه قدر حصته ، لأنه مليء ؛ قال ابن يونس يعتق عليه قربه اذا كان مليئا علم ام لا ، كان فيه فضل أم لا ، لقيام الشبهة ؛ فقد يكون علم بذلك فكتمه⁽¹⁾ ، فيتهم في بيع قيمة ولائه ، لأنه لو وطئ أمة من القراض فحملت منه فهي أم ولد في القراض فضل أم لا ، وابن القاسم لا يعتبر هذه الشبهة ؛ والفرق أن العتق احسان فلا يتشاحح⁽²⁾ فيه ، والوطء انتفاع فتشوحح⁽³⁾ فيه ؛ كما ان نفقة القريب لا تجب مع الاعسار ، بخلاف نفقة الزوجة ، لأن الأول معروف والثاني معاوضة ؛ ولو كان معسراً وفيه فضل ولم يوجد من يشتري بعضه إلا ببخس عن قيمة الجملة لدخول العتق فيه ، بيع كله وأخذت نصيبك وجعلت⁽⁴⁾ نصيبه في رقبة أو يعين بها ؛ كمن أعتق وعليه دين وفي العبد فضل ، وعن ابن القاسم اذا اشترى أباك عالماً وهو معسر وفيه فضل عتق الجميع واتبع في ذمته ، لأنه عتق بالعقد ؛ فإن تنازعتا بعد الشراء ، صدق العامل لأنه غارم ؛ قال صاحب النكت قيل إذا اشترى أبا نفسه وهو عالم أم لا وفيه فضل خمسون ولا مال له، فيباع لرب المال بقدر رأس ماله ، ويبقى نصف ما بقي مملوكاً لرب المال والنصف الآخر على العامل، كشخص في عبد بين رجلين أعتق احدهما نصيبه معسراً ؛ قال اللخمي وعن أشهب اذا اشترى أبا نفسه معسراً غير عالم ولا فضل فيه عتق ، وعتقه اذا كان فيه فضل وهو موسر غير عالم بالقيمة كانت أكثر من الثمن أو أقل ؛ لأن مصيبته من صاحب المال ، فله ربحه

(1) فكتمه : د ، وكتمه : ي .

(2) تشاحح : د ، يتشاحح : ي .

(3) فتشوحح : د ، فتشوحح : ي .

(4) وجعل : د ، وجعلت : ي .

وعليه وضيعته ؛ والقيمة في جميعه يوم الحكم ، ولا يعتبر قيمة نصيب الولد من الربح يوم شرائه ويكون الاستكمال لصاحب المال يوم الحكم ؛ لأنه يؤدي الى تبدئة العامل عليك قبل وصول مالك اليك ، وقد يهلك العبد قبل التقويم ؛ فلو اعتبرت القيمة في نصيب العامل أخذ ربحاً ولم يصل اليك ؛ وكذلك ان لم يهلك وتغير سوقه بنقص لم يقف العامل على جزئه من الربح يوم الشراء، فقد يكون الباقي كفاف رأس المال ، فيكون أخذ ربحاً دونك ؛ وان اشترى غير عالم ، فعليه الأكثر من الثمن أو القيمة يوم يقام عليه ، لأنه متعد بالشراء ؛ وان علم أنه ولده وجهل الحكم وظن جواز ملكه عتق بالقيمة ، وهلاكه قبل النظر فيه من صاحب المال⁽¹⁾ ، الا قدر ما ينوب العامل من الربح ؛ فإن كان معسراً وفي المال فضل ، بيع بقدر رأس المال ونصيبه من الربح وعتق الفاضل عليه .

تمهيد : مذهبنا ههنا مبني على خمس قواعد ، أحدها: ان من⁽²⁾ ملك أصوله أو فصوله عتقوا عليه وفي غيرهم خلاف . وثانيها ان العلم بأن مشتراه قريبه يقتضي ظاهر حاله أنه التزم ثمنه برأ به⁽³⁾ ، وإلا فالطباع تميل إلى امتهان الأجانب بالملك دون الأقارب ، فمخالفة الطبع تدل على ذلك . وثالثها ان الملى إذا أعتق شقصا بالانشاء أو عتق عليه بالملك كمل عليه للحديث . ورابعها أن كل ما يشتره يقع على ملكك صلح للتنمية أم لا لظاهر التفويض إليه . وخامسها ان التسبب في الإلتاف يوجب الضمان ، فإذا تسبب بادخال قريبك في ملكك ضمن ؛ ومعنى قول الأصحاب عتق على العامل ، معناه : الغرم عليه ، والا فالعتق عليك ؛ وقال (ش) اذا اشترى من يعتق عليك بعين مال القراض بطل الشراء، أو في الذمة صحح ولا يعتق ، لأنه على ملكه ؛ فإن دفع من مال القراض ضمنه ، لأن مقصود القراض التنمية ، فلا يقبل ما يبطلها ؛ وان اشترى من

(1) المال : د ، الملك : ي .

(2) كلمة (من) ساقطة في د .

(3) جملة (برأ به) ساقطة في د .

يعتق عليه وليس في المال ربح ، فالشراء ماض للقراض لعدم التعدي عليك ، او فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور صح أيضا ؛ ولو قلنا يملك لم يصح الشراء لمناقضة مقصود القراض، فهذا تفريع (ش) وقواعده .

فرع :

في الكتاب اذا وطئ العامل⁽¹⁾ أمة من المال فحملت وله مال ضمن قيمتها وجبر بها رأس المال للشبهة في المال من حيث الجملة⁽²⁾ . قال صاحب التنيهاث قيل معناه اشتراها للقراض وتعدي في الوطء ، وقيل لا فرق وتلزمه القيمة إن كان موسرا ، وإلا بيعت واتبع بقيمة الولد ان لم يكن في ثمنها فضل عن قيمتها ؛ وهذا أصل لمالك ، وقول ابن القاسم ضعيف عندهم ؛ قال ابن يونس قال محمد عليه الأكثر من قيمتها يوم الوطء أو يوم الحمل أو الثمن ، لأنه رضي بالثمن ، والحمل والوطء سبب اتلاف ، فله⁽³⁾ اعتبار أيها شاء . قال ابن القاسم وان لم يكن له مال اتبع بقيمتها يوم الوطء ولا يقبل قوله في عدمه أنه إنما اشتراها للقراض ، لاتهمه في الإقرار ببيع أم ولده وبدفع الدين عن ذمته ؛ فان شهدت بيته بذلك، بيعت في عدمه ؛ وان لم تحمل - وهو عديم، بيعت فيها يلزمه من القيمة ؛ وعن مالك إن حملت وهو عديم ولا ربح فيها تباع اذا وضعت فيها يلزمه من الدين، لأن الدين مقدم على العتق ، ويتبع بقيمة الولد يوم وضعته ؛ الا أن يكون فيه فضل فيباع منها⁽⁴⁾ بقدر رأس المال وقدر حصة ربه من الربح ، والباقي ام ولده⁽⁵⁾ ؛ قال ابن القاسم وان استلف من مال القراض ثمن الأمة فحملت ،

(1) كلمة (العامل) ساقطة في د .

(2) المدونة : م 5 - ج 125/12 .

(3) فله : د . قلنا : ي .

(4) كلمة (منها) ساقطة في د .

(5) ولد : د . ولده : ي .

أخذ منه الثمن في عدمه وملائه ، لأنه دين عليه ؛ قال ابن حبيب سواء وطئها من القراض أو اشتراها لنفسه من مال القراض فتحمل ، فانه يرد الأكثر من ثمنها أو قيمتها يوم الوطء ، لأنه متعدد في تسلف ذلك ؛ ولنا ملاحظة تقديرها في القراض، إلا ان كان فيها فضل عن الثمن بيع بقدر الثمن وحضتك من الربح ووقف نصيبه منها لعله ييسر فيشتري باقيها وتبقى أم ولد له ؛ وان لم يكن فيها فضل ، بيعت كلها في الثمن ؛ فإن لم توف ، اتبع⁽¹⁾ بتمامه ، والولد في ذلك كله لا شيء فيه ؛ لضمانها بالوطء ، فالولد نشأ على ملكه ؛ وتسوية⁽²⁾ ابن حبيب بين ما يشتريه لنفسه وجارية القراض ضعيف ، وقوله لعله ييسر فيشتري باقيها فتكمل أم ولد ، انما تكون أم ولد اذا اولدها ثانية ؛ وقوله ليس عليه في الولد شيء فيه خلاف .

فرع :

في الكتاب اذا أعتق من القراض عبدا جاز ، لأنه التزمه ويغرم لك رأس مالك وحضتك من الربح ان كان مليئا ، والا يبيع بقدر رأس المال وحضتك من ربحه وعنت الباقي⁽³⁾ ؛ ولو أعتقته أنت جاز وضمت حصه العامل . قال صاحب التنبهات قيل معناه من الثمن او القيمة لزم العتق ، وكذلك الجواب في الجارية يطؤها فتحمل ؛ قال اللخمي يعتق بالقيمة على العامل اذا اشتراه للقراض وهو موسر ، وان اشتراه لنفسه فالأكثر من الثمن والقيمة يوم العتق ؛ فان كان معسرا رد العتق الا أن يكون فيه فضل فيعتق الفضل . وقال غيره إنك بالخيار في إمضاء عتقه ورده - وان كان موسرا ، إلا أن يكون فيه فضل فينفذ العتق لنصيبه فيه .

فرع :

قال صاحب المقدمات مسائل هذا الباب أربع : من يعتق عليه أو عليك ، أو

(1) كلمة (اتبع) ساقطة في د .

(2) وتسوية : د ، قال وتسوية - بزيادة (قال) : ي .

(3) المدونة : م 5 - ج 126 / 12 .

يعتق عبداً أو جارية من القراض، أو يطؤها فتحمل؛ و شراؤه من يعتق عليه - فيه ثمان مسائل: أربع في العالم ، وأربع في غير العالم⁽¹⁾ ؛ لأن العالم الموسر إما مع الريح أو عدمه ، والعالم المعسر إما مع الريح أو عدمه ؛ وكذلك غير العالم ؛ فالعالم الموسر مع الريح يعطي رأس المال وحصتك من الريح يوم الحكم الا أن يكون الثمن أكثر من الثمن يوم الحكم فيعطيك مالك وحصتك من الريح من الثمن ، لرضاه بالثمن عند الشراء فلك أخذه بالأكثر ؛ وقال المغيرة يعتق عليه قدر حصته ، وتقوم عليه حصتك يوم الحكم ؛ وأما العالم الموسر ولا ربح بعطيك الأكثر من القيمة يوم الحكم والثمن ، لأن علمه يقتضي رضاه بالثمن ؛ وقال المغيرة لا اعتق لعدم الفضل، ويبيع ثمنه لك ؛ وأما العالم المعسر مع الريح ، فقوله في الكتاب يباع بقدر رأس المال وربحك - يريد يوم الحكم ويعتق ما بقي إن كان مثل القيمة يوم الحكم ، أو أقل ؛ وأما الأكثر من القيمة يوم الحكم فتبعه بما يجب لك من الزائد في ذمته نحو شرائه بمائتين ورأس المال من ذلك مائة، وقيمته يوم الحكم مائة وخمسون ، فيباع لك⁽²⁾ منه بقدر رأس مالك وحصتك من الريح يوم الريح ، وذلك مائة وخمسة وعشرون ، ويبيعه بخمسة وعشرين ؛ لأن الواجب لك من المائتين مائة وخمسون ، وإن اردت فخذ من العبد برأس مالك وحصتك من الريح يوم⁽³⁾ الحكم على ما يساوي جملة ، لأنه أوفر لنصيبه الذي يعتق به لضرر الشركة في البيع ، وليس لك الأخذ بما يباع به لبيع ؛ وأما العالم المعسر مع عدم الريح فلا يعتق عليه ويتبع بالثمن الا ان يشاء⁽⁴⁾ ، فيباع ويدفع الثمن لك الا أن يكون ثمن الشراء أكثر ، فله اتباعه بالزائد لعلمه بذلك عند الشراء ؛ وأما غير العالم المعسر مع الريح يقوم عليه سائره يوم الحكم، كعتق أحد الشريكين

(1) انظر ج 3/ 19 - 23 .

(2) كلمة (لك) ساقطة في د .

(3) عبارة (الريح وذلك مائة . . . وحصتك من الريح يوم) ساقطة في د .

(4) فيباع : د ، ويبيع : ي .

وهو موسر وهو مراده في الكتاب ؛ ولم يخالف المغيرة ههنا⁽¹⁾ بل مع العلم . واما غير العالم الموسر مع عدم الربح فيباع ويدفع لك مالك ، وكذلك المعسر؛ واما غير العالم المعسر⁽²⁾ مع الربح يباع منه بقدر رأس مالك⁽³⁾ وحصتك من الربح يوم الحكم، وبعثت الباقي ولك الأخذ منه بقدر رأس مالك وحصتك على ما تساوي جملته ؛ لأنه أوفر للعتق، وليس لك الأخذ بما كان يباع منه ؛ قال وأما شراؤه من يعتق عليك ففيه ثمان مسائل كما تقدم ، فالعالم الموسر مع الربح يوم الشراء يعتق، فانه يعتق عليه ويعطيك رأس مالك⁽³⁾ وحصتك من الربح إن كان فيه ربح يوم الشراء، والا فالثمن الذي اشتراه⁽⁴⁾ به - وان كانت قيمته أكثر لعدم الربح بالعتق عليه ؛ واما المعسر مع الربح يوم الشراء يباع منه لك برأس مالك وحصتك من الربح ، وان فضل شيء عتق ، وان لم يساو الا أقل من ذلك بيع جميعه لك واتبعته بما نقص من رأس مالك وحصتك ؛ واما غير العالم، فإنه يعتق عليك وتقوم حصة ربحه يوم الشراء عليك كعتق أحد الشريكين ان كان ربح ؛ فإن لم يكن لك مال بقي حظه رقيقا - كان العامل مليئا أم لا ؛ ومعنى قوله في الكتاب عتق عليك - يريد يوم الشراء، وقوله يدفع للعامل حصة ربحه - يريد به يوم الشراء⁽⁵⁾ ؛ وقوله اذا اشترى قريبك عالما يعتق عليه ويؤخذ منه الثمن يريد وان كانت القيمة أكثر من الثمن المشتري به ، لأنك لا تربح فيمن يعتق عليك، بخلاف اذا اشترى من يعتق عليه وهو عالم ؛ فان اشترى من يعتق عليك وكان ربح الشراء نحو رأس المال مائة قبل فيصير مائتين فيشتري بهما فلا يؤخذ منه جميع الثمن بل مائة وخمسون رأس المال وحصتك من الربح . وقوله في الكتاب : ان لم

(1) كلمة (بل) ساقطة في ي .

(2) جملة (وأما غير العالم المعسر) ساقطة في د .

(3) المال : د ، مالك : ي .

(4) اشترى : د ، اشتراه : ي .

(5) وقوله (يدفع للعامل . . . يوم الشراء) ساقطة في د .

يكن له مال بيع واعطيت رأس مالك وحصتك من الربح ، يريد الربح يوم
الشراء نحو رأس المال مائة فصار مائتين ، فاشترى بهما وهو عالم معدم فيباع⁽¹⁾ بمائة
وخمسين ويعتق الفاضل ، كان ربع العبد ام لا ، لأنه ان يساوى أكثر لم يمكن
ان يباع لك بأكثر من ذلك ؛ لأنه الذي يعدى عليه من مالك ، ولأنه تعذر
ملكه لك فتعذر ربحه ؛ وان ساوى أقل ، بيع ولو جميعه لعدو ان العامل عليك
في ذلك القدر ، وان ساوى أقل اتبعته ؛ وهو معنى قوله في الكتاب : وفي
شرائه من يعتق عليك وهو عالم ستة أقوال: قول الكتاب يعتق عليه ان كان
له مال والا يبيع ويعتق عليك، في كتاب الرهون ما يقتضيه ، وفي كتاب العتق ما
يقتضي أن البيع لا يجوز ؛ وعن ابن القاسم لا يعتق على واحد منكما ؛ وعن
مالك أنه يضمن الثمن وله العبد . والسادس : يخير بين أخذه فيعتق عليك
وللعامل فضله إن كان ، وبين تضمينه لتعديه ؛ فان لم يعلم فقولان في الكتاب
يعتق عليك ، وعن ابن القاسم لا يعتق على واحد منكما ؛ وأما إن أعتق رقيقاً من
القراض، فان اشتراه للعتق عتق وغرم لك رأس مالك وحصتك ؛ وان اشتراه
للقراض موسر فقيمته يوم العتق إلا حصة الربح ، وعلى قول الغير في المدونة وهو
المغيرة ان كان ربح عتق نصيبه وقوم عليه نصيبك ؛ وان لم يكن ربح، لم يعتق
عليه⁽²⁾ منه شيء؛ وهذا إن اشتراه بجميع المال، والا ان اشتراه ببعضه عتق عند ابن
القاسم ، وجبر القراض من ماله بقيمته يوم العتق- إن اشتراه أو الثمن إن اشتراه
خلافاً للمغيرة ؛ وأما المعسر فلا يعتق عليه شيء ، إلا أن يكون فيه فضل فتعتق
حصته ويباع الباقي لك ؛ وأما إذا اشترى جارية للقراض فأحبلها موسراً جبر
القراض بقيمتها يوم الوطء ، أو معسراً ولا فيها فضل يبعث واتب بقيمة الولد، أو
فيها فضل فقبل تباع لك برأس مالك وريحك ، والباقي أم ولد له ؛ وقيل كالأمة

(1) فيباع : د . د . فيتاع : ي .

(2) كلمة (عليه) ساقطة في د .

بين الشريكين يطؤها أحدهما فيحبها ولا مال له على الاختلاف المعلوم في ذلك ؛
وان اشترى للوطء فأحبها ، قال ابن القاسم مرة عليه الثمن ومرة قال عليه القيمة
فيجبر بها القراض ان كان له مال والا بيعت ؛ وهذا إن⁽¹⁾ لم يكن فيها فضل ،
فان كان فعلى الاختلاف المتقدم ؛ قال هكذا حكى الاختلاف بعض أهل
النظر ، قال والذي أراه ان الاختلاف في بيعها - اذا حملت وهو معدم ؛ انما
هو اذا اشترى ووطئ ولم يعلم أكان اشتراها للقراض ، او لنفسه او استلف من
القراض ؛ فحمله مالك على القراض دون السلف فباعها في القيمة اذا عسر ،
وحملها ابن القاسم على السلف فقال لا تباع ؛ اما اذا علم شراؤها للقراض ببينة
تباع اتفاقا فيما لزمه من القيمة ، او شراؤها لنفسه من القراض فلا تباع ويتبع
بالثمن المشتري به اتفاقا .

فرع :

في النودر قال ابن القاسم اذا كاتب عبدا من القراض ، فله⁽²⁾ رده وما
قبض منه كالغلة ؛ قال أحمد بن ميسر ما لم يؤد عنه أجنيبي ليعتقه ، فان أجزت
عتقه فلا شيء له من ولائه ، إلا أن يكون فيه فضل فبقدر حصته ؛ وليست
الكتابة كالعتق في الرد لنفوذ عتق الوصي لعبد يتيمة ، وتلزمه القيمة ولا تنفذ
كتابته ؛ وقال⁽³⁾ الأبهري اذا اشترى جلوداً فبارت عليه فقطعها خفافا فليستأجر
عليها ولا يعملها هو أخذ أجره ام لا قاله مالك ؛ لأنه ان أخذ فهي اجارة
وقراض ، والا فذلك كزيادة اشتراطها ؛ وعن مالك له الأجرة، لأن أثر صنعة
موجود .

(1) ان : د ، اذا : ي .

(2) قال : د ، فله : ي - ولعلها أنسب .

(3) وقال : د ، قال : ي .

فرع :

قال يمتنع خذ هذا القراض على أن يخرج مثله ويكونا شريكين ، لأن القراض لا يضم الى عقد الشركة خلافا للشافعية ؛ فان اشتركتما بعد العقد جاز .

فرع :

قال معه مائة قراض اشترى بمائتين إحداهما مؤجلة فباع بربح ، اقتسما الربح على المائة القراض وقيمة المؤجلة ان لو كانت عروضه الى ذلك الأجل .

فرع :

قال صاحب المنتقى لا يملك العامل حصته بالظهور بل بالقسمة⁽¹⁾ وقاله (ش) خلافا لأبي حنيفة لأن سبب الاستحقاق العمل ، فلا يستحق الا بعده وهو المشهور؛ وعن مالك بالظهور ، لأنهما شريكان، وفي الجواهر المشهور له حق مؤكل⁽²⁾ يورث عنه ، ولو أتلف المالك او أجنى المال غرم حصته ؛ ولو كان في المال جارية حرم على المالك وطؤها ، وعلى الشاذ يملك بالظهور ملكا مزلزلا ، لأنه وقاية لرأس المال عن الخسارة .

فرع :

في الكتاب اذا باع سلعة بثمن إلى أجل بإذنك، امتنع شراؤك إياها نقداً بأقل من الثمن سدا للذريعة⁽³⁾ .

فرع :

في المقدمات في اشتراط أحدكما زكاة ربح المال أربعة أقوال⁽⁴⁾ : جوزه ابن

(1) انظر ج 5 ص 173 .

(2) مؤكد : د ، مؤكل : ي .

(3) اللسونة : م 5 - ج 130 / 12 .

(4) انظر 3 / 108 .

القاسم منكما في الملوثة لرجوعه الى جزء معلوم ، ومنعه من كليهما ؛ ويجوز لك دون العامل ، وعكسه مخرج غير منصوص على القول بأن المشتري يدفع المشتري عليه بالغرر إنما يكون في اشتراطك دونه ؛ فان وجبت الزكاة نقص نصيبه ، والا فلا ؛ وأما اشتراطه عليك فيكون لك الفضل مطلقا . والثالث يتخرج على القول بان المشتري يكون لمشتريه ان لم يكن في المال زكاة، ويتخرج الثاني على القول بأنه يكون بينكما ان لم تكن زكاة فيحصل الغرر بالتقديرين ؛ وحمل قول الملوثة على الأغلب من ان النضوض لا تكون قبل الحول ، وان كان المال دون النصاب ، فالغالب كما له ؛ وفي المتقي يمتنع اشتراط زكاة المال عليه بخلاف زكاة ربحه⁽¹⁾ . لأنها قد تستغرق حصته ، ويجوز اشتراط زكاة المال عليك ؛ فان شرط زكاة المال عليك من رأس مالك منعه ابن القاسم للجهالة، وقيل يجوز لرجوعه الى جزء معلوم .

فرع :

في المتقي اذا قام غرماؤه عليه ببلد غائب عنك لا يباع لهم ليأخذوا من الربح ، لأن أخذه إنما يكون بعد المقاسمة ؛ أو قام غرماؤه والمال عين، قضى الدين ودفع له حصته من الربح⁽²⁾ - قاله⁽³⁾ مالك، أو سلع لم يحكم بالبيع حتى يرى له وجه لتعلق حقه بالقراض .

فرع :

في الجواهر اذا نض المال بخسارة أو ربح امتنع عند ابن القاسم أخذ قراض آخر - لا على الخلط ولا على الانفراد ، كان الجزء متفقا أو مختلفا للثمة ؛

(1) انظر 5/ 163 .

(2) انظر ج 5/ 178 .

(3) قاله : د ، وقاله : ي .

وأجازه غيره بثلاثة شروط : وجود الربح لثلاثتهم على العمادي للتنمية وموافقة الجزء ، لثلاث يزيد او يضع للتبادي على القراض ؛ وعدم الخلط ليبراً من التهمة في القراض الأول .

فروع :

قال⁽¹⁾ اذا عامل عاملاً آخر بغير اذنك فإن اتفق الجزء آن ، فالربح بين العامل الثاني وبينك ولا شيء للأول لعدم عمله ؛ وان اختلفا فكان الأول أكثر من الثاني فالزائد لك او أقل فلك شرطك عملاً بالعقد ، ويرجع الثاني على الأول ؛ وقيل للثاني حصته كاملة وترجع أنت على الأول بباقي حصتك .

فروع :

قال أخذ ألفين فتلفا بعد الشراء وقبل النقد⁽²⁾ فأخلفتهما ، فرأس المال ما أخلفته خاصة وان لم تخلفها فالسلعة على ملكه ، لأنه المباشر والعهدة عليه ؛ وقال المغيرة تجبر على الخلف لأنك أدخلته في العقد ، ولو تلف أحدهما قبل الشراء فعمل في البقية فرأس المال ألفان ؛ وان اشترى بألفين فتلف أحدهما قبل النقد فعوضته فرأس للمال ثلاثة آلاف ، لأنه زيادة على ما استحقه عقد الشراء ؛ فإن امتنعت ، عوض العامل وشارك بالنصف ؛ ولو تسلف نصف المال فأكله ، فرأس المال الباقي لضمانه المتسلف ولا ربح للمتسلف ؛ ولوربح في مائة فأنفق مائة تعدياً ثم تجر بمائة فربح ، فمائة في ضمانه وما ربح او لا وآخرها بينكما ؛ ولو ضاع ذلك ولم يبق الا المائة التي في ذمته ضمنها ولا ربح ، اذ لا ربح إلا بعد رأس المال ؛ فان اشترى بالمال وهو مائة عبداً يساوي مائتين فجئيت عليه ما ينقصه مائة وخمسين ،

(1) كلمة (قال) ساقطة في ي .

(2) قبل الشراء وقبل النقد : د ، بعد الشراء وقبل العقد : ي - ولعل الصواب ما أثبتته (بعد

الشراء وقبل النقد) ، وانظر المواق - هامش الخطاب 366/5 .

ثم يبيع بخمسين فعمل فيها فربح او خسر ، لم تكن جنايتك قبضا لرأس مالك ووربحه حتى تحاسبه وتفصله ، والا فذلك دين عليك مضاف لهذا المال .

فرع :

في النواذر إذا ترك صاحب المركب الأجرة وقال صاحب المال أولاني خيراً اختص الكراء بك ان لم يعلم صاحب المركب ان المال قراض او علم وقال ما تركها الا لرب المال وهو مصدق ، لأنه اعلم بنيتة ، وإن قال تركتها مكافأة ولم يقل لك فهي بينكما على قراضكما .

فرع :

قال صاحب المتقى صفة القسمة أن تأخذ من العين مثل ما دفعت او تأخذ به سلعا ان اتفقتما على ذلك⁽¹⁾ . ثم تقسمان الباقي عينا⁽²⁾ او سلعا - قاله مالك ؛ وان كان ديونا بإذنك فسلما اليك جاز⁽³⁾ .

فرع :

قال اذا تفاصلتما خلي للعامل مثل خلق القربة والجنة والاداة والغرارة ونحو ذلك وماله بال فيباع⁽⁴⁾ .

فرع :

في النواذر منع مالك أخذ القراض ليعطيه لغيره ، لأنك لم تستأمن الثاني ؛ وأجاز ابن القاسم بعد أخذ القراض ان يبضع بإذنك، بخلاف قبل أخذه لنفسه فيمتنع اشتراط ذلك عليه ، لأنه إجارة وقراض .

(1) جملة (على ذلك) ساقطة في د .

(2) عينا عينا أو سلعا : د . عينا أو سلعا : ي - وهو الثابت في المتقى .

(3) انظر ج 5 / 77 .

(4) فيباع : د . يباع : ي .

كتاب المساقاة

وفيه مقدمتان وبابان:

المقدمة الأولى: في لفظها.

وهي مشتقة من السقي، لأن غالب عملها يكون فيما يسقى بالدواليب والدلاء ؛ ولفظها مفاعلة : إما من المفاعلة التي تكون من الواحد⁽¹⁾ وهو قليل نحو سافر وعافاه الله ، وطارقت النعل ؛ أو يلاحظ العقد وهو منها فيكون من التعبير بالمتعلق عن المتعلق ، والا فهذه الصيغة تقتضي ان كل واحد من العامل والمالك يسقى لصاحبه كالمضاربة والمقاتلة ونحوهما .

المقدمة الثانية: في مشروعيتها.

وبجوازها⁽²⁾ قال (ش) وأحمد ، ومنعها (ح) لنهي عليه السلام عن المخاربة⁽³⁾ ؛ وهي مشتقة من خير أي نهى عن الفعل الذي وقع في خير من المساقاة ، فيكون حديث الجواز منسوخاً ؛ أو يسلم عدم نسخه ويقول كان أهل خير عبيداً للمسلمين ، ويجوز مع العبد ما يمتنع مع الأجنبي ؛ والذي قدره عليه السلام من شطر الثمرة وهو قوت لهم ، لأن نفقة العبد على المالك ؛ ولنهي عليه

(1) وهو : د ، وهي : ي .

(2) كلمة (وبجوازها) ساقطة في د .

(3) متفق عليه من حديث جابر ، انظر فيض القدير للمناوي 322 / 6 .

السلام عن بيع الغرر- وأجرة الأجير فيها غرر ؛ ولأن الخبر اذا ورد على خلاف القواعد رد اليها ، وحديث الجواز على خلاف ثلاث قواعد : بيع الغرر ، فان الثمن المبيع مجهول الصفة والمقدار ، واجارة بأجرة مجهولة ، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه - والكل حرام إجماعاً ؛ وبالقياص على تنمية الماشية ببعض نماثها .

والجواب : عن الأول : ان العرب كانت تعرف المخابرة قبل الاسلام ، وهي عندهم كراء الأرض بما يخرج منها مأخوذة من الخبرة التي هي العلم بالخفيات ، ولذلك ما تمدح الله تعالى بها الا بعد الممدح بالعلم ، كقوله تعالى ﴿ عليم خبير ⁽¹⁾ ﴾ لكونها أمدح ، فإن إدراك الخفي أفضل من أدراك الجلي ، والحراث يخرج خفيات الأرض بالحراث ، فاشتق ذلك لكراء الأرض لتحرث يجزه ما يخرج من المحروث ؛ وقيل الخبرة الحراث ⁽²⁾ والمخابرة مشتقة منه ، ومنه سمي المزارع خبيراً .

وعن الثاني : أنهم لو كانوا عبيداً امتنع ضرب الجزية عليهم واخراجهم الى الشام ونفيهم في أقطار الأرض ، لئلا يكون تضييعاً لما فيهم من مال المسلمين ؛

وعن الثالث : ان حديث الجواز وهو ما في البخاري : عامل عليه السلام أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع ⁽³⁾ ، ثم كان الأمر على ذلك في خلافة أبي بكر وصدر ⁽⁴⁾ من خلافة عمر ، ثم أجلاهم عمر الى تيمنا ، واريحا - خاص ، وحديث النبي - عن الغرر عام ، والخاص يقدم على العام ؛ وكيف يتخيل أنه مفسوخ وقد عمل به الصحابة رضوان عليهم بعده عليه السلام ، والعمل بالمنسوخ حرام إجماعاً .

(1) الآية : 34 من سورة لقمان .

(2) الجزء الحراث : د ، الخبرة : الحراث - ولعلها أنسب .

(3) أخرجه بمعناه في كتاب المغازي ج 38 / 3 .

(4) وصدر : د ، وصدر : ي - ولعلها أنسب .

وعن الرابع : ان الخبر إنما يجب رده للقواعد اذا لم يعمل به، أما إذا عمل به قطعنا بارادة معناه فيعتقد ، ولا يلزم الشارع أنه متى شرع حكماً شرعه مثل غيره ؛ بل له ان يشرع ما له نظير وما لا نظير له .

وعن الخامس : الفرق بأن المواشي لا يتعذر بيعها عند العجز عن الإقامة بها بخلاف الزرع الصغير والتمر ، وهو معارض بالقياس على القراض .

الباب الأول في أركانها⁽¹⁾ وهي خمسة :

الركن الأول والثاني المتعاقدان .

ويشترط فيها أهلية الإجارة ، وفي الكتاب تجوز مساقاة أحد الشريكين الآخر⁽²⁾ قياساً على الأجنبي ، وللوصي مساقاة حائط الأيتام لغيره كبيعته وشرائه لهم ؛ وللمأذون دفع المساقاة واخذها وله مساقاة⁽³⁾ أرضه وليس للغرماء فسخها ، لأنها تنمية كالبيع والكراء ؛ ولو ساقى أو أكرى بعد قيامهم ، فلهم فسخ ذلك ؛ لأنه يمنعهم من البيع بالمساقاة . قال اللخمي إن ساقى قبل قيامهم بعقد يمنع بيع الرقاب ، فلهم الرد في الكراء والمساقاة ، لاتهم في منعهم ؛ وإذا كان في يديه ما يوفي الدين فهلك بعد المساقاة ، لم ترد المساقاة قبل أمدها أو

(1) أركانه : د ، أركانها : ي - وهي الصواب .

(2) المدونة : م 5 - 16/12 .

(3) عبارة (حائط الأيتام . . . وله مساقاة) ساقطة في د .

قبلها فلهم بيع الحائط دون نقض المساقاة - قاموا⁽¹⁾ قبل العمل او بعده فيباع على أنه مساقى وليس باستثناء الثمرة قاله ابن القاسم؛ وقال غيره يمنع البيع ويبقى موقوفاً ، الا أن يرضى العامل بترك المساقاة ؛ فان كانت عاما واحدا والثمار مزهية جاز بيع الأصل اتفاقاً، ويباع نصيب المفلس منفردا ان كان أرجح ، والا بيع مع الأصل ؛ وان كانت الثمار مأبورة، جاز بيع الأصل اتفاقاً ؛ ويختلف في ادخال نصيب المديون في البيع مع الأصل : اجازه ابن القاسم ولم يجعله استثناء لنصيب العامل ، لأنه لم يدخل في البيع لتقدم بيعه بالمساقاة ؛ واذا أراد تأخير الثمار لتم فيتوفر ثمنها ، ومنع الغرماء ذلك قدموا لحقهم في البيع ؛ وان لم تكن الثمار مأبورة فعلى قول ابن القاسم يجوز بيع الرقاب ونصيب العامل ، بخلاف ما لم يعقد فيه المساقاة ؛ وعلى قول غيره يوقف بيع الأصل والثمره ، لأن عنده يمتنع استثناء بعض الثمرة ؛ وكذلك اذا كانت المساقاة نحو أربع سنين يجوز عند ابن القاسم بيع الرقاب ونصيبك دون نصيب العامل ، وعلى قول الغير يمتنع مطلقا ؛ قال ابن يونس قوله في الكتاب ليس لهم الفسخ هو على قول من يجوز بيعه ، وعلى قول من يمنع قبل الإبرار لهم الفسخ - اذا كان يحل دينهم قبل جواز بيعها؛ لأنهم يمتنعون بالمساقاة من البيع .

فرع :

في الكتاب للمريض ان يساقى نخله الا ان يحابي فيكون ذلك في ثلثه⁽²⁾، قال ابن يونس : قيل⁽³⁾ يمتنع ان يساقى على الورثة أكثر من الثلث ؛ فان كان الحائط أكثر من الثلث وساقاه سنة ونحوها فيما يجوز بيع النخل اليه جاز ، الا أن يكون فيها محابة لا يحملها الثلث ، كمساقاة على ثلاثة أرباع ومساقاة مثله الربع ، فقد

(1) جملة (قاموا) ساقطة في د .

(2) المدونة : م 5 - ج 17/12 .

(3) قيل : د ، وقيل : ي .

أوصى له بالنصف فخير الورثة بين إمضائه او يقطع له ثلث مال الميت ويكون لهم عدم الاجازة كوصية بخدمة عبده عشر سنين وهو لا يحمله الثلث ويحمل خدمته ، لأنه عون عليهم أكثر من الثلث فيخيروا⁽¹⁾ بين الإجازة⁽²⁾ ودفع الثلث بتلاً ؛ قال اللخمي قال سحنون اذا زاد على مساقاة مثله بأمر بين ، فهو كهيبته يوقف السقي الى مالا يطول ولا يضر؛ فان صح نفذ ، وان مات وحمل ثلثه الحائط نفذ ؛ وان لم يحمله وحمل المحاباة، خير الورثة بين الاجازة وبين قطع الثلث له بتلاً، وتستحب المساقاة؛ ولا يمكن العامل حالة الوقف من السقي ، فان خيف على الحائط فسخت المساقاة قبل الصحة والموت .

فرع :

في الكتاب يكره اعملك عند النصراني مساقاة ، لأنه استيلاء على المسلم بملك منافعه ، ويجوز ان تساقيه ان أمنت ان يعصر نصيبه خيراً⁽³⁾ .

الركن الثالث : العمل :

وفي الجواهر شرطه الاقتصار على عمل المساقاة ولا يضم اليه عملاً آخر، لئلا يكون ذلك الآخر إجارة بأجرة مجهولة لغير ضرورة ؛ وان استبد العامل بالعمل، فلا يشترط مشاركة المالك له فيه؛ لئلا تكثر الجهالة في العمل - وقاله أحمد و (ش) . وقال سحنون اذا كان الحائط كبيراً يجوز اشتراط الغلام فيه ، جاز اشتراط عمل المالك قياساً على الغلام. وقال عبد الحق ليس الغلام كالمالك ، لأن يد المالك اذا بقيت لم يرض بأمانة العامل ، بخلاف الغلام ؛ ويجوز اشتراط غلام المالك كمساقاة عاملين اذا كان الحائط كبيراً واشترط بقاءه مدة المساقاة

(1) يخير : د ، فيخيروا : ي - وهي أنسب .

(2) الإجازة : د ، الاجرة : ي .

(3) اللعونة : م 5 - 18 / 12 .

لينضبط العمل، وأنه ان مات قبل ذلك أخلفه .

فرع :

في الكتاب تجوز مساقاة النخل وفيها ما لا يحتاج الى السقي قبل طيبه⁽¹⁾، قال ابن يونس قال مالك تجوز في كل ذي أصل من الشجر ما لم يحل بيع ثمرها فيمتنع ، لانتفاء الضرورة حيثئذ؛ ولا تجوز إلا الى مدة⁽²⁾ معلومة، ولم يتعرض في الخبر لها، لأنه قصد بيان جوازها وقاله (ش) وأحد تقليلا للجهالة؛ بخلاف القراض تأجيله يبطل حكمته ، وقيل لا يحتاج اليها، لأنها من جداد الى جداد- كالقراض من محاسبة الى محاسبة ؛ وقد قال مالك الشأن فيها الجداد وان لم يؤجله .

فرع :

قال ابن يونس قال سحنون منتهى المساقاة في العمر جداره بعد إثماره ، وفي التين والكرم قطافه ويبسه ، وفي الزرع تهذيبه ؛ قال مالك فإن تأخرت نحو العشرة من النخل او الشجر ، فعليه سقي جميع الحائط حتى يجد ما بقي ويسقى في الأجناس المختلفة كالنخل والرمان حتى يفرغ الجميع . وقال مطرف كلما قطعت ثمرة انقضت مساقاتها - قلت او كثرت تشيها للأصناف بالحوائط . قال مالك واذا دخل الحائط سيل فاستغنى عن الماء فلا تحاسبه بذلك .

فرع :

قال اللخمي قال مالك اذا هارت بترك ، جاز لجارك أخذ حائطك مساقاة يسقيه للضرورة ؛ قال سحنون اذا كان يسقي بفضل بثره ، لأن لك أخذه منه

(1) المدة : م 5 - ج 7/12 .

(2) مدة : د الى مدة : ي .

كرهاً، فلم تزد المساقاة شيئاً؛ ثم منعها سحنون، لأنك انما تأخذ الماء حتى تصلح بترك، وههنا تترك اصلاح البئر لمائه.

فروع :

في الكتاب له اشتراط ما في الحائط يوم العقد من الرقيق والدواب، ويمتنع⁽¹⁾ اشتراطك نزع ذلك منه⁽²⁾ ؛ لأنها زيادة اشترطتها لنفسك إلا أن تكون تدعيها قبل ذلك ، ولا يشترط عليك⁽³⁾ ما لم يكن فيه عند العقد ؛ الا ما قل كغلام أو دابة في حائط كبير ، لأنه كزيادة تختص به ؛ وفي الحائط الصغير الذي تكاد تكفيه الدابة يصير جملة العمل عليك ، ولا يشترط اخلاف ما جاء به من الدواب او الرقيق ، لأنه عليه السلام لم يترع من أهل خير ولم يعطهم ؛ وما كان يوم العقد، فخلفه عليك لأنه عليه دخل ؛ ويمتنع اشتراطك خلفه عليه ، لأنها زيادة تختص بك وتبقى بعد المساقاة ؛ وعليه نفقة نفسه ودواب الحائط ورقيقه وجميع المئونة - كان الرقيق لك أولاً، ويمتنع اشتراط نفقتهم عليك ، لأن العمل عليه فعليه نفقة العاملين وقاله ابن حنبل ؛ وقال (ش) نفقة غلمانك عليك ، لأنهم ملكك الا أن يشترط إخلافهم ؛ وعليه الحصاد والدراس والجداد، وقاله (ش) وأحمد ؛ وان شرطت قسمة الزيتون حبا جاز ، أو عصيراً جاز ؛ ولا يشترط عليك حرم النخل ، لأنه عليه والتلقيح عليه ، ويجوز اشتراطه عليك ؛ قال ابن يونس على العامل النفقة والمئونة والدواب والدلاء والحيال وأداة الحديد ونحوها ، لأنها أسباب صلاح الثمرة وقد التزم اصلاحها ، الا أن يكون في⁽⁴⁾ الحائط عند العقد ، لأنه دخل عليه ؛ وقال (ش) وأحمد على العامل بلفظ المساقاة ما يصلح الثمرة كالحرث والسقي واصلاح طرق الماء ، وحفظ الثمرة ؛

(1) ويمتنع اشتراطك : د ، ويمتنع أيضا اشتراطك - زيادة (أيضا) : ي .

(2) المئونة : م 5 - ج 3/12 - 4 .

(3) كلمة (عليك) ساقطة في د .

(4) في : د ، على : ي .

وعليك كل ما يحفظ الأصل كشد الحيطان، وحفر الأنهار، وعمل الدولاب وحفر البئر؛ وكل ما يتكرر كل عام فعليه، وما لا يتكرر فعليك - كالبحر والدواب، فان شرط احدهما على الآخر ما لا يلزمه فسدت؛ قال واذا دخل على أداة ونحوها لا يعمل بها في حائط غيرك، فان جهل أو نسي ما في الحائط من ذلك وظن أن ذلك بغير استسقاء وقلت انما ساقيتك الحائط وحدها؛ قال ابن القاسم يتحالفان ويتفاسخان لاستواء الدعاوي، قال ابن حبيب اذا شرط عليك خلف ما جاء به، او اشترطت عليه خلف مالك فله اجارة مثله، لأنها زيادة لمشترطها؛ قال بعض القرويين: واما الدلاء والحبال فلها وقت معلوم تنفى فيه، بخلاف الدواب؛ فأما اشتراط الغلام والدابة في الحائط الكبير، فعليك خلف ذلك بمنزلة ما فيه عند العقد؛ واذا كان الأجراء لك، فعليك أجرتهم وعليه نفقتهم، لأن عليك ما يحفظ الأصل وعليه إقامة ما يصلح الثمرة؛ قال اللخمي للحائط أربع حالات فيه كفايته من الرقيق والدواب، ليس فيه شيء، او كفاية بعضه، أو فيه أجراء؛ فتجوز المساقاة في الأول على ما هو عليه ولا يخرج منه ما فيه، ولا يعمر بما ليس فيه؛ لأنه الذي تناوله العقد قاله مالك وابن القاسم، ولأنه عليه السلام لم يزد ولا نقص من خير شيئا؛ ومعلوم انها لا تكون صفة واحدة، وعن ابن نافع لا يدخل الرقيق الا بالشرط، فان اختلفا تحالفا وتفاسخا؛ ويجوز اشتراط ما ليس فيه، لأن ذلك أصل الاجارة وهو القياس، وقد لاحظ مالك القياس دون السنة حيث جعل الخلف عليك فيها هلك من الرقيق الكائن عند العقد؛ وان كان فيه كفاية البعض فعلى العامل تمامه للسنة، ولأنه التزام اصلاح الثمرة؛ وعلى قول ابن نافع يكون لربه فيه، ويجوز اشتراط العمام عليك؛ وان كان فيه أجراء على غير وجبة فكالذي لا رقيق فيه؛ او على وجبة الى مدة تنقضي فيها المساقاة، فهم كرقيق الحائط؛ ويمتنع اخراجهم على قول مالك، ويجوز على قول ابن نافع - ويستعملهم توفية بالعقد؛ وان كان انقضاء الاجارة في نصف مدة المساقاة فما بعد الأمد عليه - كالحائط الخالي، وخلف من يموت

عليك الى انقضاء أمد الإجارة ؛ وحيث جوزنا في الحائط الكبير اشتراط الدابة والغلام ان اشترط غير معين فأتيت به فهلك او تلف أخلفته كالإجارة ، او معينا امتنع الا أن يشترط عليك خلفه ؛ لأن اطلاق العقد يقتضي أن عليه من العمل ما بعده فهو غرر وليس هذا كإجارة المعين ، لأن العامل لم يشتر شيئا من منافع ما في الحائط ، وانما يعملون لك ؛ وعن مالك نفقة الدواب والرقيق عليك، لأنها ملكك ، فتنفق عليه وهو القياس ؛ ولأن خلافه طعام بطعام الى أجل ، لأن بعض الثمرة عوض عن الثبوت ؛ وعلى هذا تكون نفقة الأجراء عليك كرقيقك ؛ واذا سرت الحبال أو الدلاء فعليك خلفها، ويمكن من استعمال الجديد ما يرى أنه بقي من استعمال الأول ثم تأخذها ويأتي هو بما يستعمله مكانها ؛ وعليه كنس البئر والعين وتنقية ما حول النخل لينتقع فيه الماء ، وبناء الزرنوق والقف واصلاح ما انفسد من ذلك عليك ، لأن عليك حفظ الأصل ، وعليه اصلاح الثمرة ؛ فان اشترطت عليه ذلك جاز فيما قلت نفقته ، قاله مالك وقدم القياس على الخبر ؛ وله في التأثير قولان : هل عليك او عليه ؟ وقيل يجمع بينهما . فقله عليك أي الشيء الذي يلحق به، وعليه وضعه في موضع النفع به ؛ ولم يذكر في الكتاب عدم اشتراط عصر الزيتون او قسمته حيا بل ذكر اشتراطهما ؛ وقال محمد ابن سحنون ذلك عليكما ، قال سحنون ومنتهى⁽¹⁾ المساقاة جناه ، وقال ابن حبيب العصر عليه ، لأنه الأصل في الزيتون ؛ فان شرط عليك وله قدر امتنع ، وله اجارة المثل ، والمذهب أصوب ، وانما تتضمن المساقاة ما تحتاجه الثمرة قائمة والعصر بعد ذلك ؛ قال وكذلك أرى في الدراس والساقط من البلع والليف وتبن الزرع ونحوها عليكما . قال التونسي عليه كل ما فيه نفع للثمرة ولا يبقى نفعه لك ، او يبقى ما لا قدر له - كاصلاح اليسير في الضفيرة ؛ واما سرو الشرب وهو تنقية ما حول النخلة ، واما خم العين وهو كنسها فبقي منفعة لك فلا

(1) ومنتهى : د ، منتهى : ي .

يلزمه ؛ ويلزم بالاشتراط شد الحظار وهو تحصين الجدر ورم القف وهو الحوض الذي يجري منه الماء الى الظفيرة كالصهريج- وإبار النخل وهو تذكيرها ؛ وان لم يشترطها لم تلزمه- وهي عليك إلا الجداد والتذكير، وسرو الشرب فعليه وان لم تشرطه، وانما جوز اشتراط عصر الزيتون لخفته؛ قال ابن يونس قال عبد الوهاب كل ما لا يتعلق بالثمرة لا يلزم العامل ويمتنع اشتراطه عليه ، لأن المساقاة جوزت للضرورة، فلا يجوز في غير الثمرة الا ما يجوز في البيوع ، والزائد على ذلك إما إجارة مجهولة، أو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ؛ وكل ما يتعلق بالثمرة وينقطع بانقطاعها او بعدها باليسير ، فهو لازم له ويجوز اشتراطه عليه ؛ ويمتنع ما يبقى بعدها كثير - كحفر بئر أو بناء كس يبنى فيه ، او إنشاء غرس ، لأنها زيادة تختص بك ؛ فهي إجارة مجهولة ؛ ويجوز اشتراط ما تخف مثونته كخم العين وشد الحظار ، ويروى سد وشد؛ واليسير من إصلاح الظفيرة، وهي محبس الماء كالصهريج ، فان لم تشرط هذه الامور فهي عليك . قال محمد : وعليه رم قضبة البئر وأشطنته وآلة الحديد ، واذا انقضى عمله فذلك له ، ولا يشترط عليه اصلاح كسر الزرنوق ، ويستحب اصلاح القف - وهو الحوض الذي يطرح فيه الدلو ويجري منه الى الظفيرة ؛ وعنه اجازة اشتراط اصلاح الزرنوق ، لأن اصلاحه يسير ، بخلاف اشتراط الزرنوق كله ؛ فان ساقيته على أن يستقي ويقطع ويحني ويحرثه ثلاث حرثات فحرث حرثتين حط من نصيبه بنسبة المتروك للمعمول .

الركن الرابع : ما يشترط للعامل .

وفي الجواهر شرطه : أن يكون جزء المساقاة عليه معلوما بالجزئية لا بالتقدير ، لأنه مورد السنة ، وقياسا على القراض- وقاله (ش) وأحمد ؛ وفي الكتاب يجوز على أن جملة الثمرة للعامل⁽¹⁾ ، وعلى أي جزء كان كالربح في

(1) المدونة : م 5 - ج 9/12 .

القراض ؛ قال اللخمي قال مالك من الحوائط ما لو اشترط ⁽¹⁾ صاحبه شيئاً لا يجد من يساقبه فعلى تعليله يجبر العامل على العمل او يستأجر من يعمل ؛ الا أن يقوم دليل الهبة من قلة المثونة وكثرة الخراج ، فلا يجبر على العمل ويجري على أحكام الهبة، ومتى أشكل الأمر حمل على المعاوضة .

فروع :

في الكتاب يمتنع لأحديهما مكيلة معلومة والباقي بينكما ، لأنه قد لا يحصل الا تلك المكيلة فهو غرر ⁽²⁾ وله أجرة المثل والثمرة لك كما تقدم في القراض أثمرت النخل أم لا ، لاستيفائك منفعتيه بعقد فاسد ؛ وكذلك له نخلة معلومة والباقي بينكما ولك نصف البرني وباقي الحائط له او نفقته من ثمر الحائط والباقي بينكما ؛ قال ابن يونس يجوز اشتراط الزكاة في حصة أحديهما لرجوعه الى جزء معلوم، فان لم يشترط بدىء بالزكاة وقسمها الباقي ؛ فان شرطت عليه الزكاة فأصاب أقل من خمسة أوسق، قيل يكون عشر ما أصاب لك توفية بالشرط ، وقيل يقتسمان ما أصاب على تسعة ؛ واذا شرط لك نصف البرني فله في البرني مساقاة مثله ، وفي الباقي أجير ؛ والقياس ههنا ان كان زيادة يستبد بها أحديهما يكون له في ذلك أجرة المثل والثمرة لك كما تقدم في القراض، قال اللخمي قال مالك يمتنع ⁽³⁾ : لك من كل نخلة تنوء، بخلاف لك من كل نخلة كيل ؛ وتمتنع مساقاة حائطين بثمره أحدهما له والآخر لك ، لأنه قد يوطب حائطه وهو أجير فيها عند ابن القاسم ؛ وكذلك ثمرة هذا الحائط بينكما والآخر لك أوله، ويختلف فيما بينكما هل له أجرة المثل او مساقاة المثل ؟ قال وارى له الأقل من المسمى او إجارة ⁽⁴⁾ المثل - إن شرطت

(1) اشترى : د ، اشترط : ي - ولعلها أنسب .

(2) المونة : م 5 - ج 9/12 .

(3) جملة (قال مالك) ساقطة في د .

(4) مساقاة : د ، إجارة : ي - ولعلها أنسب .

المنفرد لك، وان شرطه له فالأكثر من المسمى او إجارة المثل ؛ ومنع ابن القاسم مساقاة الحائط خمس سنين فيها بياض، فاشتراطه أول سنة له وهولك باقي السنين للغر ؛ فقد تتعذر الزراعة بعد ذلك ، وكذلك حائطان يعملها سنة ثم يرد أحدهما ويعمل في الآخر سنة .

فروع :

في الكتاب تقسمان سواقط النخل من بلح وغيره والجريد والليف وتبن الزرع على شرطكما⁽¹⁾ .

فروع :

في الجواهر تمتنع⁽²⁾ المساقاة أربع سنين : ستين على النصف وستين على الربع، للغر بفوات أحدهما يجائحة مع العمل في الآخر ؛ ويمتنع حائط بموضع مرغوب فيه مع آخر إلا يجزء واحد كما اتفق في خير .

الركن الخامس : الصيغة،

الصيغة قال صاحب المقدمات لا تتعقد عند ابن القاسم الا بلفظ المساقاة ، لأنها أصل مستقل بنفسها ، كما لا تتعقد الإجارة بلفظ المساقاة⁽³⁾ ؛ فلو قال استأجرتك على عمل حائطي بنصف من الثمرة، وعن مالك جواز الإجارة بلفظ المساقاة ، وقول ابن القاسم أصبح لاختلاف البابين؛ وفي الجواهر تتعقد بقوله ساقبتك على ما في النخل بالنصف او غيره⁽⁴⁾ او ساقبتك فيقول قبلت او ما يقوم مقامه من القول او الفعل ، لأن المطلوب الشرع ما يدل على الرضى ؛ واختلف

(1) المدونة : م 5 - ج 14 / 12 .

(2) تمتنع : د ، تمتنع : ي .

(3) انظر ج 3 / 252 .

(4) عبارة (ساقبتك على ما في النخل . . . بالنصف أو غيره) ساقطة في د .

في لفظ الإجارة: فأبطله ابن القاسم لمباينة البابين بالمساحة في الغرر ونفيه .، وجوزوه سحنون ، لأن كليهما عقد على منافع ؛ ولا يشترط تفصيل الأعمال بل يحمل على العادة ، قال ابن يونس عن مالك جواز مساقاة نخل بثمر من نخل أخرى مزهية ، فجعله إجارة ولم يلتفت الى لفظ المساقاة ؛ وابن القاسم يمنع ، لأن الجائحة في المساقاة تذهب عمله باطلا ، وفي الإجارة له أجره مثله ؛ فيها بابان متباينان .

الباب الثاني في أحكامها :

قال اللخمي⁽¹⁾ وفي لزومها بالعقد أقوال، ثالثا سحنون أولها لازم كإجارة وآخرها اذا عجز كالجعل ؛ لأن الجعل اذا عجز فيه لم يكن له شيء . قال صاحب المقدمات تلزم بالقول بخلاف القراض وقاله (ش)، وقيل المزارعة كذلك ؛ وقيل لا تنعقد ولا تلزم الا بالعمل ، وقيل تنعقد وتلزم بالشروع ولا تلزم الشركة باللفظ ولا بالعمل ؛ واختلف بماذا تنعقد : هل باللفظ او بالعمل قولان في الملوثة ، وقال ابن حنبل لا تلزم المساقاة بالعقد، وكذلك المزارعة، لقوله عليه السلام في مسلم ليهود نفركم على ذلك ما شئنا لما سألوه المساقاة على الشطر ؛ ولو كانت للذمة لم تجز بغير تقدير مدة ولم يكن له - عليه السلام خبرة ، وبالقياص على القراض وهو أولى من القياص على الإجارة ؛ لأن كليهما عقد ضرورة ، فالشبه اقوى ؛ والجواب عن الأول ان المدة كانت تجدد ، ولم يتعرض الراوي لني ذلك ، فيجب اعتقاده جملة ، لتصرفه - عليه السلام ما لا جهالة فيه ؛ ومعنى قوله نفركم على ذلك ما شئنا⁽²⁾ أي في المعاملة الثانية او في العقود المتجددة ،

(1) وفي : د ، في : ي .

(2) عبارة (لما سألوه . . . على ذلك ما شئنا) - وهي نحو أربعة سطور ساقطة في د .

وعن الثاني الفرق بان أرباح القراض منوطة بالأسواق وهي غير منضبطة في مدة معينة ؛ فكانت غاية نفوض المال ، وغاية المساقاة الجداد وما تجدد من المدة ويكون آخرها الجداد ، فلا يختل مقصودها .

فرع :

في الكتاب تمتنع المساقاة فيها البياض اليسير على أن يزرعه ببذره او ببذرك ويعمل فيه على أن ما تنبته لك⁽¹⁾ ، لأنها زيادة تخصك فهي زيادة في الغرر؛ ويمتنع اشتراطه نصف البذر عليك او حرث البياض وان جعل الزرع بينكما ؛ ويجوز أن يزرعه من عنده ويعمله وما ينبت بينكما كالمساقاة وإلغاء البياض اليسير احسن ، كما ألغى في خير وكان يسيرا ؛ وان كان في الزرع ما يشغله قدر يسير وتبع له ، جاز⁽²⁾ اشتراطه لنفسه ليزرعه كبياض النخل ؛ وان كان في زرع شجر متفرق تبع له، جاز ان تشتط على ما يشترط في الزرع ، ولا يشترطه لنفسه وان قلت بخلاف البياض ؛ ولا يجوز على أن نمرها لأحد كما بل بينكما على جزء الزرع ، قال ابن يونس جوز ابن حبيب ان تشتط بياض الحائط لنفسك ان كان بعلا ، او يسقى بغير ماء الحائط ؛ قال محمد فان سكتا عنه عند العقد فهو له ، وكذلك ان سكتا عند العقد وتشاحا عند الزراعة . وفي الكتاب اذا كان البياض يسيرا سوقي بالجزء⁽³⁾، والا اكتري بالذهب او الورق وكان بياض خير يسيراً؛ قال ابن يونس قال مالك إلغاء البياض له أحل . قال محمد ان شرطته لنفسك امتنع ، لأنها إجارة مجهولة الأجرة ؛ فان ادعيت قبل العمل اشتراطه لنفسك ، قال ابن حبيب تحالفتما وتفاستخما كدعوى نزع رقيق الحائط على القول بلزوم المساقاة باللفظ ، وقال مالك إن زرعه بغير شرط ولم تنكر عليه فعليه كراء

(1) المدونة : م 5 - ج 12/19 - 20 .

(2) عبارة (البياض اليسير أحسن . . . وتبع له جاز) ساقطة في د .

(3) المدونة : م 5 - ج 12/20 .

الأرض ؛ وقال ابن عبدوس إنما يراعى كونه تبعاً للثمرة جميع الحائظ إن اشترطتها أن ما ينبت فيه بينكما ، فأما أن ألغى له فإنما يراعى ما هو تبع لحصته خاصة ؛ وعن مالك أن أجيحت الثمرة وقد زرع العامل البياض فله كراؤه ، ولو عجز الداخل عن الأصل عليه كراء المثل ؛ قال ابن حبيب إذا شرطت العمل والبذر عليه وما ينبت لك ، فله مساقاة مثله وما ينبت له ، لقوة سببه بالبذر والعمل ؛ وإن شرطت البذر من عندك والعمل عليه على أن ما ينبت لك فمساقاة المثل وأجرة المثل في عمل البياض والزرع لك ، لقوة سببك بالبذر ؛ قال والأصل أن يكون أجيراً . قال محمد ولو شرطت البياض للعامل وعليك البذر امتنع ، لأنها زيادة له وله أجرة المثل ؛ وقال أصبغ مساقاة المثل ، وعن مالك إذا كان الشجر تبعاً للأرض⁽¹⁾ والزرع تبع للشجر أنه بخلاف البياض وكراء الأرض ، ولا يلغى للعامل ، ويمتنع إلا على مساقاة واحدة كأصناف في حائط ؛ وعن مالك جواز إلفائه للعامل إن كان تبعاً كمكتري الدار والأرض فيها نخل تبع شرط ثمرتها ، فهي له ولا يكون بينكما ؛ فإن شرط ثلاثة أرباع البياض الذي هو تبع ، منعه ابن القاسم ، بل إما مساقاة واحدة بينكما أو يلغى للعامل ، وأجازه أصبغ قياساً على اشتراط الكل ؛ ولا ينبغي أن يكون أكثره لك ، كما أنه ليس لك اشتراط كله ؛ قال اللخمي متى كان أكثر من الثلث امتنع إدخاله في المساقاة ؛ وجاز إبقاؤه لك ؛ وإن سكتما عنه عند العقد ، صح وهو لك ؛ وإن كان الثلث فأقل ، جاز إدخاله في المساقاة ، لأن بياض خير كان تبعاً ؛ فإن سكتما عنه ، قال مالك هو لك ؛ فإن زرعه بغير علمك ، فعليه كراء المثل ؛ وقال محمد هو له ، لأنها سته عليه السلام في خير ؛ وقال ابن حبيب : بني الزرع الفاسد على الشركة الفاسدة على أحد القولين أن الزرع لمن له البذر ، قال وأرى⁽²⁾ أن الزرع له إذا زرع على أن لا

(1) للأرض : د ، للبياض : ي .

(2) عبارة (بني الزرع) . . . قال : وأرى (ساقطة في د .

شركة لك ، او على أن يكون الزرع لك ؛ قال وان بذر من عنده ، لأنك إنما⁽¹⁾ اشتريت منه البذر شراء فاسدا وأمرته يجعله في أرضك وعليك مثل ما⁽²⁾ بذر وأجرة العمل ويكون الزرع له ؛ وان كان البذر من عندك وزرعه لنفسه فهو له وعليه مثل البذر وكراء الأرض ، لأنه اشترى منك البذر شراء فاسداً؛ وفي الكتاب يمتنع في البياض التبع ان يشترط أول سنة للعامل ثم باقي السنين لك لأنه غرر⁽³⁾. قال ابن يونس قال ابن حبيب فان نزل فله مساقاة مثله في العام الأول على ان البياض له ومساقاة المثل فيما بعد على ان البياض لك فيكون في الأول⁽⁴⁾ النصف مثلاً وفي الأخير⁽⁵⁾ الثلثان ، وعلى مذهب محمد أجير في السنين كلها ؛ وفي الجواهر متى كان البياض أكثر من الثلث امتنع دخوله في المساقاة والغاؤه له بل لك ، أو أقل وسكتما عنه فله عند مالك؛ وقال ابن حبيب بشرط ان لا تزيد قيمته على ثلث نصيبه ، وظاهر قول مالك ان لا تزيد قيمته على ثلث الجميع؛ وفي كتاب ابن⁽⁶⁾ سحنون انه لك اذا سكتما عنه .

تمهيد : يحذر في البياض من أمور ، احدها كراء الأرض بما تنبت ؛ وثانيها اشتراط زيادة لك أوله، فانه زيادة غرر في المساقاة ، لاحتمال أن لا يحصل ما يقابل تلك الزيادة او يحصل لكن لا يعلم مقداره ؛ وثالثها الشركة الفاسدة في الزرع بان تقابل الأرض او بعضها بالبذر أو بعضه ، فاذا ألغى للعامل وهو تبع سلم من هذا كله .

فائدة : انما سمي الخالي من الأرض بياضاً والمزروع سواداً ، لأن الأرض

(1) كلمة (انما) ساقطة في د .

(2) البذر : د ، ما بذر : ي - ولعلها أنسب .

(3) المدونة : م 5 - ج 20/12 - 21 .

(4) الأولى : د ، الأول : ي - ولعلها أنسب .

(5) الآخر : د ، الأخير : ي .

(6) كلمة (ابن) ساقطة في د .

مشرقة بضوء الشمس بالنهار ، وبنور الكواكب بالليل فالأرض كلها بياض - بسبب ذلك ؛ فإذا قام فيها قائم حجب عنك ما وراءه من الإشراق فتصير جهته سواداً فسمي كل قائم سواداً ، وما عداه بياضاً ؛ وكذلك تقول العرب بينا نحن جلوس اذ طلع علينا سواد ، فيسمون كل قائم في الأرض سواداً لما تقدم .

فرع :

في الكتاب يجوز مساقاة ما لم يره من ثمر نخل أو شجر قياساً على الذي يظهر⁽¹⁾ ، ومنعه (ش) قياساً على بيع الغائب ونحن نمنع حكم الأصل .

فرع :

في الكتاب لا يأكل العامل من الثمر شيئاً ، لأنه مشترك⁽²⁾ .

فرع :

في الكتاب اذا أزهى بعض الحائط امتنعت مساقاته لجواز بيعه حيثئذ فلا ضرورة⁽³⁾ ، واذا عجز العامل وقد حل بيعها لا يساقى غيره ويستأجر من يعمل معه ؛ فان لم يوجد الا بيع نصيبه فعل ، فان فضل شيء فله ، وان نقص ففي ذمته الا أن ترضي أنت بأخذه وتعفيه من العمل فذلك لك ولمساقى الزرع والتمر مساقاة غيره في مثل أمانته ، فان ساقى غير أمين ضمن ؛ قال ابن أبي سلمة المساقاة بالنقدين كبيع ما لم يبد صلاحه ، ولا يجوز أن يربح في المساقاة إلا ثمرأ مثل أخذه على النصف واعطائه على الثلثين ؛ قال ابن يونس إذا قلت استأجر عليك⁽⁴⁾ تمام العمل وأبيع ما صار لك من الثمرة واستوفي ما ادبت والفاضل له

(1) المدونة : م 5 - ج 3/12 .

(2) المصدر السابق : م 5 - ج 6/12 .

(3) المصدر نفسه : م 5 - ج 7/12 .

(4) عليك : د ، لك : ي .

وعليه ، فينبغي ان يكون لك ذلك ، لأن العمل كان لازماً له ، ولو قلت له
خذ ما أنفقت واخرج امتنع وان رضي ، كأنه باع نصيبه من الثمرة قبل بدو
صلاحه ؛ واذا اجتمعتما على بيع الزرع او الثمر قبل طيبه وزهوه ممن يحصده أو
يجمده ، جوزه ابن القاسم ؛ واذا أخذ على النصف واعطى على الثلثين فعلمت
بذلك فأنت أحق بنصف الثمرة ويرجع الثاني على الأول بما بقي له - قاله مالك؛
وتجوز له مساقاتك بأقل مما أخذ⁽¹⁾ اذا لم تطلب الثمرة كالأجنبي ، ويمتنع بمكيلة
مسماة وبثمرة نخلة معروفة كأصل المساقاة وبأكثر مما أخذ منك ، لأنه يحتاج
يعطيك من حائط آخر ؛ قال ابن يونس وقد أجاز⁽²⁾ الدفع بالأكثر للأجنبي مع
أنه يعطى من حائط آخر ، فيجوز ههنا ولا فرق بينهما ؛ ويحتمل ان يريد أنك
تعلم أنه. يعطيك من حائط آخر بخلاف الأجنبي ، فلو كان عالماً امتنع فيها ،
واذا رجع الأجنبي عليه بعد أخذك بفاضل ماله وهو الربع مثلاً ، رجع ربع
قيمة إجارته ؛ وعن ابن القاسم يجوز لك ان تقول له اخرج من الحائط ولك ربع
الثمرة - اذا طابت ، ويجوز اعطاؤك قبل الطيب جزءاً شائعاً بخلاف كيل معين⁽³⁾؛
لأنها قد تعطب بالجوائح ، فهو غرر بخلاف الجزء ؛ وعن مالك ان لم يعمل جاز
اعطاؤه⁽⁴⁾ جزءاً شائعاً ، ويمتنع بعد العمل ، لأنه⁽⁵⁾ اعطيته فيما تقدم من عمله من
الثمر ما جعلت له منها وهو مجهول، وكأنك أعطيته الجزء المجهول عن أشهر مضت
وهي معلومة فهي اجارة بأجرة مجهولة . قال ابن حبيب إذا ترك ودفع لك جعلاً
من غير ما⁽⁶⁾ ساقى عليه قبل الجداد أو بعده، رددت الجعل ورجع لمساقاته وعليه

(1) أخذ : د ، أخذه : ي .

(2) كلمة (أجاز) ساقطة في د .

(3) ثبت في النسخين : (كيلاً معيناً) ، والصواب ما أثبتته (كيل معين) .

(4) اعطاؤه : د ، اعطاؤك : ي .

(5) لأنه : د ، لأنك : ي .

(6) من غير ما ساقى : د ، من المجهول ساقى : ي .

لك أجر العمل بعد الرد ؛ ولو كانا اثنين فسلم أحدهما لصاحبه يجرئه ⁽¹⁾ من الثمرة جاز ، وكذلك المالكان لأنها مساقاة ؛ فلو كانا حائطين - لعاملين أو مالكين امتنع اخراج أحدهما للآخر يجرئه من ثمر أحد الحائطين - للفر ، ويجوز يجرئه منها ⁽²⁾ ؛ وإذا بعث الحائط امتنع اخراج المشتري بشي تعطيه له ، كما يمتنع منك ، لأنه انتقل اليه بالعقد ما كان لك ؛ قال ابن القاسم يجوز البيع بعد المساقاة ، كما يجوز بعد الإجارة ؛ قال محمد إن ⁽³⁾ أبرت الثمرة أو طابت جاز علم المتاع أم لا ، وإلا امتنع علم أم لا لامتناع استيفائك ⁽⁴⁾ شيئا من الثمرة قبل التأثير ؛ قال اللخمي تجوز مساقاة النخل الكبير البالغ حد الإطعام عجز عنه صاحبه أم لا ، كانت فيه ثمرة أم لا - السنة والستين ؛ وتمتع في الذي لم يطعم والكثير الذي فيه ثمر قد بدا صلاحه - على اختلاف فيه ، وتمتع في عقد ما بدا صلاحه وما لم يبد ، فهذه أربعة أقسام يجوز منها الأول دون الثلاثة ؛ وإذا أزهى بعض الحائط وليس بياكور وهو جنس واحد ، جاز بيع جميعه ؛ وتمتع مساقاته على قوله في الكتاب ، وعنه جواز مساقاة حائط بشر من حائط آخر على أن لك جزءاً من الثمرة وكان ذلك بعد طيب الثمرة التي يعطي منها وكان السقي معروفا بمنزلة الأجرة وهي إجارة ؛ وإذا كان الذي طاب باكوراً بعيد الحقوق وساقيته على جميع الحائط ⁽⁵⁾ ويأخذ الجزء مما طاب خاصة جاز ، وهو ⁽⁶⁾ إجارة كاعطائك حائطين طاب أحدهما على أن يأخذ مما طاب ؛ وتمتع مساقاتها وتأخذ ⁽⁷⁾ مما لم

(1) يجرئه : د ، يجرئه : ي .

(2) منها : د ، منها : ي .

(3) ان : د ، وان : ي .

(4) استيفائك : د ، استثنائك : ي .

(5) الحائط : د ، الحرائط : ي .

(6) وهو : د ، وهي : ي .

(7) وتأخذ : د ، ويأخذ : ي .

يطب او منها ، لأنها مساقاة لا اجارة؛ وان كان يسقي ما طاب وحده ويأخذه منه ، جاز على احد القولين لمالك ؛ او يسقي ما لم يطب منه - جاز اتفاقا ، او يسقي الجميع⁽¹⁾ ويأخذ مما لم يطب وهو الأكثر والذي طاب يسير مختلط بما لم يطب ؛ فهذه ستة أحوال لطيب بعض الحائط ، وعن مالك تجوز مساقاة نخلك معك رمان طاب يضيق بالنخل يشرب معها وهو لك؛ ويحمل قوله في جواز مساقاة ما يسقيها بماء البائع⁽²⁾ ما لم يكن في الحائط رقيق ولا دواب او كانوا وشرط طعامهم عليك، وان شرط عليه فسد ، لأنه طعام بطعام مستأخر ؛ وعلى قوله في مساقاة ما صلح انها اجارة تكون الجائحة قبل اليبس منك ويرجع بقيمة اجارته في جميع المرة ، لأنه انما يسقيها بماء البائع وعمله في ذلك تبع ؛ واذا مات قبل تمام العمل موسرا استؤجر عليه من ماله حتى يكمل العمل رضي الوارث ام لا ، لأن العمل مضمون في ذمته ؛ فان لم يخلقا مالا وعجز الوارث عن القيام سلم الحائط لك ولا شيء للوارث قاله مالك وابن القاسم ، لشبه المساقاة بالجعالة ؛ قال والقياس أن يكون له اذا عجز ، ولوارثه بقدر⁽³⁾ ما انتفعت به من العمل اذا تمت العمل وسلمت المرة قياسا على قوله في حافر البئر اذا تركه في الجعالة فأجرت غيره أن للأول بقدر ما انتفعت به، وله أن يساقبك على مثل الجزء ؛ فان استفضل شيئا ولم يعمل⁽⁴⁾ جاز ، فان عمل فظاهر المدونة الجواز . ومنعه في العتية للتهمة أن يكون عمل على ان يسقي شهرا ثم يعيده - قبل الطيب ويأخذ جزءا بعد الطيب؛ واذا انقضى العام الأول جازت الاقالة اذا لم يعمل في الثاني شيئا ، فان عمل وتقابلتا ، فعلى قوله في العتية لا تجوز الاقالة الا قبل

(1) عبارة (ويأخذ منه . . . او يسقي الجميع) ساقطة في د .

(2) مساقاة ما قد طاب اذا لم يكن في الحائط : د ، مساقاة ما يسقيها بماء البائع - وفي الحائط : ي - ولعلها أنسب بدليل ما بعدها .

(3) كلمة (بقدر) ساقطة في د .

(4) ولم : د ، وهو لم - بزيادة (وهو) : ي .

العمل وموافقة الجزء ؛ واذا تبين أنه خائن أو سارق سرح في المساقاة أو اجارة الدار ، قال ابن القاسم لا يخرجان ويتحفظ منها ؛ قال وفيه نظر بل ذلك عيب فيها ويعجز عن تحفظها ، قال وأرى⁽¹⁾ ان تكرى الدار وتساقى عليه بالعين⁽²⁾ أو تساقيه - الخيار لك .

فرع :

في الجواهر المساقاة الفاسدة اذا أدركت قبل للشروع فسخت ، أو بعد الفراغ ، ففي الواجب أربعة أقوال : أجرة المثل ، مساقاة المثل مطلقا⁽³⁾ ما لم نكن أكثر من المشترط - إن كان الشرط للمساقى ، أو الأقل إن كان الشرط للمساقى - التفصيل لابن القاسم : أجرة المثل ان خرجا الى الاجارة الفاسدة أو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها كاشتراط أحدهما زيادة من عين أو عرض أو غيرها فالمالك مستأجر بأجرة فاسدة ؛ والعامل مشتر للثمرة بما زاده⁽⁴⁾ ، والا فمساقاة المثل اذا لم يخرجوا عن حكمها بل عقداها على غرر الحائط على النصف وآخر على الثلث - واشتراط من العمل ما⁽⁵⁾ لا يلزم بما لا يبنى مؤبدا .

قال الشيخ أبو الوليد⁽⁶⁾ : الذي وجد فيه لابن القاسم مساقاة المثل أربع مسائل : اثنتان في المدونة : اذا ساقاه - وفي الحائط ثمر اطعم ، أو اشتراط⁽⁷⁾ المساقى العمل معه .

(1) وأرى : د ، أرى : ي .

(2) بالعين : د ، بالقر : ي .

(3) كلمة (مطلقا) ساقطة في د .

(4) زاده : د ، زاد : ي .

(5) من هنا إلى (المساقاة إلى الجداد) ساقط في د ، وهو لوحتان كاملتان .

(6) يعني به ابن رشد .

(7) في ي : واشتراط ، ولعل الصواب ما أثبتته .

واثنتان في العتية : اجتماعها مع البيع في عقد ، (أو ساقاه) ^(١) سنة على النصف وسنة على الثلث ^(٢) . الحال الثالثة أن يعثر عليها في أثناء العمل ، فيفسخ والواجب فيه اجرة المثل - إذا انتهى على ما تقدم من تفصيل ابن القاسم - وله أجرة مثله فيما عمل الى حين العثور ؛ ولا يفسخ ما الواجب فيه مساقاة المثل ، بل يمضي وله مساقاة مثله ؛ ولو كانت أعواما وبقي بعضها بعد العثور ، بني على مساقاته فيها مساقاة المثل ؛ فهذه ثلاثة أحوال للمساقاة الفاسدة .

قال ابن يونس : المساقاة الفاسدة يجري فيها الخلاف الذي في القراض : هل له مساقاة مثله مطلقاً ، او اجرة المثل مطلقاً ، او التفرقة لابن القاسم : ان كان الفساد لزيادة يختص بها احدهما فاجرة المثل ، أو شيء يرجع الى المال بقراض المثل ^(٣) .

فرع :

وفي الكتاب : المساقاة الى الجداد ، وتمتنع الى سنة أو شهر ^(٤) ؛ فان أطعمت في السنة مرتين فالجداد الأول حتى يشترط الثاني ^(٥) ، وتجوز مساقاة السنين ما لم تكثر جدا ، وليس لأحدهما المشاركة حتى تنقضي المدة ؛ لأن المساقاة عقد لازم الا أن يتاركا بغير شيء يأخذه أحدهما من الآخر ، وليس كييع ثمر لم يبد صلاحه ، لأن للعامل أن يساقى غيره ؛ قال اللخمي إذا ساقاه بعد المغارسة المتقدمة في الفرع المتقدم قبل هذا والغرس من عندك فهو أجير فيما عمله قبل

(١) ما بين القوسين ساقط في ي - وهو ثابت في المقدمات والمعنى يقتضيه ، ولذا أثبتته في الصلب .

(٢) انظر المقدمات ج 2 / 557 - 558 .

(٣) من هنا إلى (في الكتاب) - وهو نحو لوحة كاملة انفردت به نسخة (ي) - وقد انمحت أكثر حروفه ، فجاء تصويره باهتاً لم استطع قراءته .

(٤) كذا في النسختين ، والذي في المدونة (أشهر) .

(٥) المدونة : م 5 - ج 12 / 12 .

الإطعام ، ويخرج متى عثر عليه ما لم يبلغ الإطعام ؛ فيبقى في يديه على مساقاة المثل بقية ذلك الأجل ، وقيل الأقل من المسمى او مساقاة المثل ؛ فان كان الغرس من عنده وفات بالعمل قبل فوت وله قيمته وقت وضعه ؛ لأنه وقت الإتلاف ، وقيمة خدمته الى وقت خروج ما لم يبلغ الإطعام⁽¹⁾ فيمضي على مساقاة المثل وقيل ليس فوتاً ، لأنه باعه بيعاً فاسداً على أن تبقى يده عليه يتفع بثمرته بعد الطيب ؛ فهو تحجير من البائع والغرس للبائع وعليه قيمة ما أصلحت الأرض وتنميتها فيه وله قيمته يوم يخرج عن الأرض قائماً لأنه غرسه بإذنك ، وقيل مقلوعاً لفساد الاذن شرعاً .

فرع :

قال اللخمي يزكي الحائط على ملك ربه ان كان خمسة او سق وان لم يتته إلا وسقين ، لأن الباقي أجرة عليه ويزكي العامل ؛ وان كان عبداً او كافراً ؛ فان كان رب الحائط كذلك ، لم يزك العامل ؛ لأن نصيبه يطيب على ملك رب الحائط ، ولهذا يسقط العمل بالجائحة قاله مالك ، وعنه لا يسقط ؛ وعلى هذا يطيب على ملك العامل ، وان يسقيها من الان لنفسه ويكون شريكاً فيها ؛ ولا تجب الزكاة الا على من في نصيبه نصاب ، فان أصاب أربعة أو سق ، ولكل واحد نخل اذا أضافها للرم المساقاة كمل النصاب وجبت الزكاة ، ويجوز اشتراط الزكاة عليه واشتراطها عليك ؛ وعلى الأول وان كانت أربعة أو سق ، هل يقتسمان على عشرة أجزاء : ستة لك وأربعة له ؛ او على تسعة أجزاء على ما كتبنا لو أخرجت الزكاة ، او نصفين لعدم النصاب ثلاثة أقوال .

فرع :

في الكتاب يمتنع اشتراط سقي النخل بمائه وتصرف مالك حيث شئت

(1) من هنا إلى (ولا يعرف) - وهو نحو 15 صفحة ساقط في ي .

كاشتراطك زيادة دينار⁽¹⁾ .

فرع :

قال اذا اجتمعنا على البيع قبل الطيب او الزهو لمن يحصد أو يجد جاز كالشركاء⁽²⁾ .

فرع :

قال تمتنع الاقالة على شيء يعطيك إياه - شرع في العمل أم لا ، لأنه ان اثمرت النخل فهو بيع الثمرة قبل الطيب، والا فأكل المال بالباطل⁽³⁾ .

فرع :

قال اذا اختلفنا صدق فيما يشبهه ، ويصدق مدعي الصحة⁽⁴⁾ ، لأنها أصل تصرفات المسلمين ؛ قال ابن يونس قوله فيما يشبهه يريد بعد العمل، والا تحالفنا وتفاسختنا على القول بلزومها بالعقد ؛ واذا قلت ساقيتك بغير دواب ولا رقيق ، قال ابن القاسم تحالفا وتفاسخا ؛ قال وفيه نظر ، لأنك ادعيت عدم كراء الدواب ، فينبغي ان تصدق كالأجارات والبيوع ؛ واذا قلت بعيد الفراغ لم يعط ثمرا صدق قاله مالك ، لأن حقك في الثمر لا في حصته والعادة عدم الاشهاد على الدفع ؛ قال اللخمي اذا اختلفنا في الجزء قبل العمل وأتينا بما يشبه تحالفنا وتفاسختنا ، أو بعد العمل صدق مع يمينه اذا أتى بما يشبهه ؛ فان أتيت بما يشبه وأتى بما لا يشبه، صدقت مع يمينك ؛ فان نكلتما أو أتيتما بما لا يشبهه ، ففساقة المثل ؛ فان أتى أحكما قبل العمل بما يشبهه دون الآخر يختلف : هل

(1) المدونة : م 5 - ج 12 / 11 - 12 .

(2) المصدر السابق : م 5 - ج 12 / 14 .

(3) المصدر نفسه .

(4) نفس المصدر .

القول قوله مع يمينه وثبت المساقاة ، او تحالفان وتنفاسخان قولان ؛ ويصدق مدعي الصحة قبل العمل وبعده ، فان شرطت مكيلة والباقي بيتنا وقلت نصفان من غير تبدئة، فقد اعترفت له بالأكثر فيصدق مدعي الحلال قبل العمل وبعده ويحلف قبل العمل ؛ وأما بعد العمل فان كانت مساقاة مثله النصف فلا يمين ، او أكثر حلف مدعي الصحة ؛ فإن نكل، حلف العامل وأخذ الفضل ؛ وان قلت نصفين، وقال بل أبداً بمكيلة، فهو كالاختلاف في الثمن يحلف مدعي الفساد مع القيام وحده وتفسخ المساقاة ؛ واذا قلت لي نصف كذا ولك نصف كذا ، وقال بل الجميع نصفان صدقت مع يمينك- وان دعيت الفساد ، لأنك لم تقر ببيع شيء من ذلك النصف .

قاعدة : (قال)⁽¹⁾ عليه السلام لو أعطي⁽²⁾ الناس بدعواهم ، لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر⁽³⁾ . فليس كل طالب مدعياً ولا كل مطلوب مدعى عليه ، بل من كان قوله على خلاف أصل او ظاهر فهو المدعي الذي عليه البينة كان الظاهر عادة او قرينة حالية او مقالية؛ وكل من كان قوله على موافقة أصل او ظاهر ، فهو المدعى عليه ويصدق مع يمينه كالتطالب من غيره دينا فهو مدع لأن الأصل براءة الذمة ، لأن الانسان ولد بريئاً من حق ؛ وكمدعي الوديعة بغير بينة وقد قبضها ببينة، فإن الظاهر أنه لا يرد الا ببينة ، فهو مطلوب وعليه البينة ؛ وكذلك الوصي يدعي انفاق مال اليتيم في مدة لا يتفق فيها مثله، وهو مطلوب وعليه البينة والتطالب منه مدعى عليه ، ونظائره

(1) كلمة (قال) ساقطة في د - والمعنى يقتضيها .

(2) لفظ الحديث (يعطى) .

(3) أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وابن ماجه من حديث ابن عباس هكذا : (لو يعطى

الناس بدعواهم ، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى ، ورواه

البيهقي - باسناد جيد : البينة على المدعى واليمين على من أنكر .

انظر فيض القدير للمناوي ج 5 / 334 .

كثيرة؛ فعلى هذه القاعدة تخرج فروع الدعاوي في المساقاة وغيرها ، وبعبارة أخرى المدعى عليه هو أرجحها سببا ، والمدعى هو المرجوح السبب .

فروع :

في الكتاب اذا وكلته في دفع نخل مساقاة ، فقال دفعتها لزيد وصدقه وكذبت انت صدق ؛ لأنه أمين كالوكيل على البيع بخلاف الرسول لدفع المال يكذبه المبعوث اليه يغرم⁽¹⁾ .

فروع :

قال اللخمي له إعراء نصيبه من المساقاة أو جزء منه نصفه أو أكثر أو أقل من نخله أو نخل معينة ، فإذا أعرى جميع نخله أو نخلة جاز نصيبه منها كالشريك ؛ وليس للمعري جميع نصيب العامل من المساقاة في هذه النخلة ، لأنه خلاف عقد المساقاة، وكذلك لو أعرى أنت .

فروع :

قال تجوز مساقاة البعل من الشجر الذي على غير الماء لحاجته للعمل ، وكذلك الزرع إن استغنى عن السقي واحتاج للمؤونة ؛ وإن لم يبق إلا حفظه وحصاده وتصفيته امتنع ، لأن هذه مؤونة بعد مدة المساقاة ؛ وهي اجارة فاسدة ، وليس زرع البعل كشجر البعل ، وإنما يجوز في زرع البعل عند الضرورة والخوف عليه . قال ابن يونس ليس تمتنع مساقاة الزرع إلا أن يعجز عنه - وإن كان له ما يسقي ، لأنه قد يعجز عن الدواب والاجراء ؛ وتمتنع قبل استقلاله من الأرض لفرط الجهالة ، وتمتنع بعد جواز بيعه لعدم الضرورة ؛ فإن ساقاه قبل استقلاله من الأرض ، قال ابن حبيب له أجرة مثله ، وإن طلع ولم يعجز عنه

(1) المدونة : م 5 - ج 22 / 12 .

امتنع أيضا لعدم الضرورة ؛ والسنة انما وردت في زرع تبع للنخل والشجر بخير . قال ابن نافع ونجوز في البطيخ والجزر والأصول المغية عجز عنها أم لا ، وفي الكتاب تجوز في الورد والياسمين والقطن ⁽¹⁾ . قال محمد وان لم يعجز عنه لعدم ثبوت أصله كالزروع ، وجوزها ابن القاسم في البصل وقصب السكر اذا عجز عنه ، لأنه ثمرة واحدة ؛ ويشترط في ذلك كله ان يصل الى حد جواز البيع ، ومنع مالك مساقاة القصب ، لأنه يسقى بعد جواز بيعه ؛ وكذلك القرط والبقل الذي يجز ويخلف والموزاوان عجز عنه ، لأن ذلك كله يجنى بطنا بعد بطن وليس بشجر في ⁽²⁾ أصله .

تمهيد : قال وأصل قولهم ان كل ما يجز أصله ويخلف يمتنع ، وكل ما تجز ثمرته ولا يخلف يجوز كان أصله ثابتا أم لا ؛ أو تقول كل أصل ثابت تجنى ثمرته يجوز ما لم يجن بيع ثمرته ، وكل أصل غير ثابت ويجز مع ثمرته كالزروع والبصل واللفت والجزر والمقائش يمتنع الا أن يعجز عنه ويظهر من الأرض ؛ وكل ما يجز أصله ويخلف كالبقل والكراث والقصب والموز يمتنع مطلقا ، واختلف في الرياح والقصب الحلو بالمنع ، لأنه يجز ويخلف كالبقل ؛ والجواز للحاجة للمساقاة في الجزء الأولى دون الخلفة ، لأنها كما لم يظهر من الأرض ؛ وقيل القياس جواز الخلفة معه لأنها تبع ، فتجوز كبيعها مع الأصل تبعا ؛ وجوزها أحمد في كل شجر مثمر ، وخصصه (ش) بالنخل والكرم الصغيرين لوجوب الزكاة في ثمرها ؛ قال وما لا زكاة فيه كما لا ثمر له ، واتفق الإمامان على المنع في الصفصاف والجوز وكل ما لا ثمر له ، أو له ثمر غير مقصود - كالصنوبر والأرز ، لأنه ليس منصوبا ولا في معنى المنصوص ؛ ولأنها انما تكون بجزء الثمر ولا ثمر فلا تجوز . لنا جملة صور الخلاف عموم قوله شطر ما يخرج منها من ثمر أرزوع ، ونظرا لوجود الحاجة في جملة تلك الصور فيجوز قياسا على مورد النص .

(1) المدونة : م 5 - ج 22 / 12 .

(2) في د (ذا) ولعل الصواب ما أثبتته .

فرع :

قال ابن يونس إن ساقى نخلا فيها موز الثلث فأقل جاز تبعا ان دخل في المساقاة ، وان اشترطها أحدكما فالعامل امتنع لعدم التبعية ؛ قال اللخمي في الزرع والقطاني ونحوها أربعة أقوال : الجواز في المدونة بثلاث شروط : الظهور من الأرض ، والعجز عنه ، وعدم بدو الصلاح⁽¹⁾ ، وعنه الكراهة والجواز لابن نافع من غير شرط قياسا على الشجر ؛ وقال ابن عبدوس القياس المنع مطلقا نفيا للغرر ، قال وأرى الجواز اذا عجز عنه قبل البروز من الأرض بل أولى ، لأن البارز ينتفع به ؛ ولما لك المنع في المرسين ، لأنه وان كان شجرا فالأخذ ورقه فهو بمنزلة ما يميز ، وعنه الجواز قياسا على غيره من الشجر ، وعلى الجواز له اشتراط الخلفة على القول بجواز بيعها مع الأصل ؛ واما مساقاة قصب السكر ونحوه مما يميز ويخلف ان كان أول بطن ولم يبد صلاحه ، جرى على الخلاف المتقدم في الزرع ؛ فان بدا صلاحه امتنع ، وهو الذي تكلم عليه في المدونة . وعلى قوله في كتاب محمد يجوز في الرأس وحدها ، وتكون اجارة باع نصفها بعمله ، ويمتنع ضم ما لم يبد صلاحه مع ما بدا ؛ وقياسا على قوله انها اجارة جواز ذلك .

فرع :

في الكتاب: تجوز مساقاة الشجرة والنخلة الواحدة كالقراض بالمال القليل.

فرع :

قال اذا فلسنت لم تفسخ المساقاة عمل أم لا ، ويبيعه الغرماء على ان هذا مساقية،التعلق حق العامل قبل الغرماء ؛ قال ابن يونس منع غيره بيع الغرماء له وتوقف حتى يرضى العامل بتركه ، لأنه بيع له واستثناء ثمرة للعامل ؛ وقال سحنون إنما يجوز بيعه اذا كانت المساقاة سنة بجواز بيع الربع والحوائط ، على أن

(1) المدونة : م 5 - ج 23 / 12 .

يقبضها بعد سنة والأجير بدراهم على السقي أحق بالثمرة في الفلس ؛ لأنه كالبائع لما تولد عن منافعه والأرض قائمة له فهو أحق بما لسلعته في البيع، وهو في الموت أسوة الغرماء .

فرع :

قال ابن يونس تمتنع مساقاة بيع أو إجارة في عقد ، لتنافي أحكامها في اختصاص الغرماء وعدم اختصاصهم وغير ذلك ؛ وإذا كان في الحائط بياض تبع، امتنع كراؤه ومساقاة الحائط ؛ وإذا كان في الأرض المكترة سواد تبع، امتنع مساقاته وكراء الأرض وحدها .

فرع :

قال اللخمي مساقاة أنواع الثمار المختلفة في عقد ثلاثة أقسام: تجوز ان كانت حائطا واحدا مختلفة ، لأنها في حكم النوع الواحد ؛ وكذلك في حوائط اذا كانت مساقاة كل واحد اذا انفرد مثل مساقاة الآخر، وان كانت تختلف وساقى على كل واحد، إجاز عند مالك دون ابن القاسم ؛ فان كانت في حائط واحد غير مختلفة بسيرة ، ولا يساقى النصف الواحد لقلته فهو كالمختلط ، أو كثيرة فكالحوائط .

فرع :

قال تجوز مساقاة ذوات الأصول كالنخل مع غير ذي أصل كالقطاني اذا كان كل صنف ناحية عن الآخر وكانت المساقاة على ما يجوز، او كانا نقدين فيجوز في ذي أصل ؛ وان لم يثمر ولم يعجز عنه وفي غير ذي الأصل اذا برزا وعجز عنه بالشروط المتقدمة والخلاف المتقدم ؛ وعن ابن القاسم الجواز في المختلطين اذا كانا متساويين في المساقاة لو أفردا على جزء واحد وكل واحد مقصود في نفسه متناصفاً او قريبا من النصف او الزرع الأكثر او النخل الأقل جاز كالمنفرد ؛ وان كان الزرع الثلث فأقل جازت المساقاة فيه وان لم يظهر من الأرض ولم يكن يعجز عنه لم

يكن داخلا في المساقاة وعلى مثل النخل على قول مالك لا يجوز إلغاؤه لاحدهما ولا ان يكون جزؤه مخالفا للنخل، وعن مالك القليل كالثمرة في الدار المكتراة وجعله للعامل خاصة ، ويمتنع ان يكون بينهما مطلقاً ؛ فان كان النخل في الأكثر فالزرع للعامل او الزرع الأكثر والنخل الثلث فأدنى فثمرته للعامل وهذا خلاف المشهور عنه .

فرع :

قال . قال مالك عليه بعد الجداد وبقاء نخلات يسيرة سقي الحائط ، لأنه بقية المدة والأصول ؛ واذا كانت متأخرة الطيب فكذلك، وكذلك الأنواع المختلفة اذا بقي بعضها ؛ وقال عبد الملك اذا كان المتأخر نخلات متأخرة الطيب فسقي الحائط عليك وقد برئ من الحائط بحصول الطيب الغالب ، ويوفى نصيبه من المتأخر الطيب؛ فان التأخر الطيب الأكثر سقاه كله تغليباً للأكثر او متناصفا سقي المتأخر وحده وسقيت الباقي والثمار المختلفة لتأخر الطيب مع مقدمه ؛ وقال مطرف اذا جنى صنفا انقضى حكمه قل أو كثر .

فرع :

في المستقى إذا غارت عين المساقاة قبل العمل فلا شيء عليك فيما أنفق العامل إلا ما للمتعتدي من النقص فله حصته من الثمرة ، وقال عبد الملك يتأخر قدر مالك من الثمرة بعد طرح المثونة الى وقت البيع وتكلف تعجيل ذلك وإنفاقه ؛ فان عدمت قيل للعامل أنفق ذلك القدر وتكون حصته من الثمرة رهنا بيدك ، وإلا سلم الحائط ولا شيء عليه⁽¹⁾ .

(1) انظر ج 5 / 124 .

فروع :

قال قال مالك اذا كانت النفقة كلها عليك والمثونة وهو يعمل بيده بجزء الثمرة امتنع ، لأنه في التحقيق اشتراط جزء العمل عليك فيمتنع كالقراض .

فروع :

قال قال مالك اذا ساقيته بعد شهر ، فان اتبعته بما يبقى امتنع ، لانه اشتراط الزيادة عليه وان ألغيته صح .

فروع :

قال قال مالك اذا ساقيته على ان الثمرة كلها له جاز كريح القراض، الا أن تساقيه قبل ذلك بأشهر ، لأنه بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ؛ قال فان ألغي جاز عندي .

كتاب المزارعة

وفيه مقدمة وبابان:

المقدمة في لفظها وهي مأخوذة من الزرع ، وهي علاج ما تنبت الأرض ؛ لقوله تعالى ﴿ أفرايتم ما تحوثن آتتم تزرعونه أم نحن الزارعون⁽¹⁾ ﴾ . وصيغة المفاعلة شأنها ألا تكون الا من اثنين بفعل كل واحد منها لصاحبه ، مثل ما يفعله الآخر به نحو المضاربة والمناظرة ؛ ومقتضاه ههنا ان كل واحد منها يزرع لصاحبه ؛ وليس الأمر كذلك ؛ فيشكل ما تشكل المساقاة ، ويجاب ههنا بما أجيب ثم ، ويراجع من هناك .

الباب الأول

في أركانها وهي ثلاثة:

الركن الأول والثاني المتعاقدان ،

وشرطها أهلية الشركة لأنها شركة ؛

الركن الثالث : المنفعة ولها شرطان:

(1) الآية : 64 من سورة الواقعة .

الشرط الأول سلامتها عن مقابلة الأرض او بعضها بما يمتنع كراء الأرض به،
لنهي عليه السلام عن المخابرة^(١). وفي الجواهر البذر من عند أحدهما والأرض من
عند الآخر وما عدهما بينهما ، او من عند أحدهما امتنع لمقابلة الأرض بالبذر او
الأرض بينهما بكراء او ملك ، جاز البذر من عند أحدهما او من عندهما اذا كان
مقابلة من العمل والبقر مساوية، او البذر من عندهما والأرض من عند أحدهما
جازان ساواه ما يقابله من العمل ؛ لان الأرض مقابلة بالعمل دون البذر ، فتي
كان البذر او جزء منه قبالة الأرض أو جزءاً امتنع ؛ فان أخرج أحدهما الأرض
وثلي الزريعة والآخر ثلثها والعمل والزرع بينهما نصفان او الثلث والثلثان جاز ،
لأن الأرض وفاضل الزريعة مقابلة بالعمل ؛ فان أخرج العامل ثلي الزريعة
وصاحب الأرض ثلثها على أن الزرع نصفان امتنع ، لأن فاضل الزريعة
للأرض ؛ فان أخرج أحدهما ثلي الأرض وثلث البذر ، والآخر ثلث الأرض
وثلي البذر والعمل والزرع نصفان ، امتنع لمقابلة الأرض بسدس البذر .

فرع :

في الجواهر قال سحنون انما يشترط من العمل على أحدهما الحرث فقط دون
الحصاد والدراس ، لأنه لا يدرى هل تم أم لا ؟ ولا كيف يكون حاله في تمامه
يحتاج الى عمل كثير أم لا ؟ قال التونسي وهو الصواب ، ولاين القاسم في
الحصاد والدراس خلاف .

فرع :

في النواذر قال سحنون إن تعادلا في البذر والعمل - والأرض لأحدهما
اعطاه الآخر نصف كرائها عينا او عرضا جاز ، وان لم يكن لمثلها ، جاز إلغاؤها
بينهما ؛ ولو تعارض في العمل والأرض وباع أحدهما للآخر نصف البذر بضمن ،

(١) مر تخريجه في كتاب المساقاة رقم (٣) .

جاز اذا اشتراه بما يشتري من غيره ؛ ولو كانت الأرض من أحدهما امتنع ، الا أن يكون البذر من صاحبها ، لأن الأرض حصة من البذر وتكافئها في العمل امتنع ، لأنك اكترت نصف الأرض بنصف البذر ؛ واذا كانت الأرض بينكما بملك او كراء وأخرجت البذر والآخر العمل ، خالف ابن دينار مالكا في الجواز وجعله كذهب وعروض بذهب ؛ وقال سحنون هذا جائز بخلاف المرافلة .

الشرط الثاني ، في الجواهر التعادل بين الأشارك في المخرج او قيمته بحسب حصصهم ، لأحدهما الثلث على أن يخرج أقل من ذلك أو أكثر حذراً من أكل المال بالباطل ، الا في التافه اليسير ، فهو في حكم العدم ؛ ولو عقدت على التساوي لم تفسد بما ينفضل به أحدهما بعد ذلك وان كثر لتقدم الصحة . وفي النوادر قال ابن حبيب يمتنع الأرض والبذر والبقر من عندك والعمل عليه والزرع نصفان وان ساوى عمله ذلك كله ، لأنك أجرته بنصف الزرع ؛ فان نزل فالزرع لك وعليك أجره المثل، وكذلك اذا قلت له ازرع بذرك في أرضي وهو بيننا؛ ولو أخرجت البذر والبقر والآخر العمل والأرض مساواة ولك ثلاثة الأرباع امتنع، للتفاضل والزرع لك وعليك أجرته .

الشرط الثالث ، في الجواهر قال سحنون لا بد من خلط البذر او جمعه في بيت أو يحصل الجميع الى الفدان، فيبدأ كل واحد في طرفه فيزرعان زرة واحدة كل واحد يزرع للآخر، فهو كما لو جمع في بيت فتصح الشركة حينئذ، والا فلا لعدم الامتراج بوجه ما ؛ والشركة تقتضي السلطنة على ملك الشريك بسبب الشباع والخلط ، فلا بد من تحقق السبب بصورة أو معنى ؛ فان زرع أحدهما بذره في فدان الآخر في ناحية أخرى ولم يدخل على ذلك ، لم تتعقد الشركة لعدم الخلط ، ولكل واحد ما أنبت حبه ويتراجعان فضل الأكرية ويتقاصان وقاله ابن حنبل ؛ و(ش) يمنع المزارعة الا أن يكون البذر من رب الأرض والعمل من العامل ليكون رأس المال من عندك كالمساقاة .

الباب الثاني .

في أحكامها :

وفي الجواهر اذا فسدت وعثر عليها قبل الفوات بالعمل فسخت، فإن فاتت به وقد دفع أرضه لمن يزرعها ببذره وعمله، فالزرع للزارع ببذره وعليه لصاحب الأرض كراؤها؛ وان دفعت أرضك والعمل عليه وقلت أخرج البذر وعلي نصفه امتنع، لشرط السلف والزرع بينكما نصفان لضمانكما البذر نصفين وتكافئكما في غيره، ويرجع بنصف الزريعة معجلاً؛ وقال سحنون : الزرع لمسلف البذر وعليه كراء الأرض قبض رب الأرض حصته من البذر أم لا، إلا أن يكون أسلفه على غير شرط بعد صحة العقد فيجوز؛ ولو دفعت بذرك ليزرعه في أرضه على النصف، فعلى قول سحنون الزرع لك وله أجرة عمله وكراء أرضه؛ وفي قول ابن القاسم الزرع له وعليه مكيلة البذر، وان أخرجت البذر والآخر الأرض وتكافأتما ما عداهما على ان الزرع بينكما نصفان؛ فهو نصفان وعليك نصف كراء الأرض، وعليه نصف مكيلة البذر ولا تراجع لعدم التكافؤ؛ قال أبو الوليد اذا فاتت المزارعة الفاسدة بالعمل ستة أقوال⁽¹⁾ ولم يخص وجهاً من وجوه الفساد، أحدها الزرع لصاحب البذر وعليه كراء ما أخرجوه؛ وثانيها الزرع لصاحب العمل، وثالثها الزرع لمن اجتمع له شيان، او انفرد بشيء، فالزرع بينهم سواء لتساويهم؛ فان اجتمع لأحدهم شيان منها، فالزرع له دونهما وهو مذهب ابن القاسم ومحمد، ورابعها الزرع لمن اجتمع له شيان من ثلاثة: الأرض والبقر والعمل، وخامسها الزرع لمن اجتمع له شيان من أربعة: الأرض والبذر والبقر والعمل. وسادسها: قال ابن حبيب اذا سلمت المزارعة من كراء الأرض بما يخرج منها،

(1) انظر القلميات ج 3/ 43 - 44 .

فالزراع على شرطهم ويتعادلوا فيما أخرجوه، وإلا فهو لصاحب البذر؛ ومنشأ الخلاف النظر الى قوة السبب، فمن اعتقد قوة سبب جعل الزرع لصاحبه؛ وفي النوادر أخرجت الأرض ونصف البذر، وآخر نصف البذر؛ وثالث العمل على أن الزرع بينكم أثلاثاً امتنع، لمقابلة الأرض ببعض البذر والزرع بين العامل وبينك - على مذهب ابن القاسم ويغرمان الأجرة للآخر، وعند سحنون هو لصاحبي الزريعة وعليهما كراء البقر والعمل؛ قال ابن حبيب الزرع بينهم أثلاثاً، قال محمد أصل ابن القاسم أنه لمن ولي العمل اذا سلمت الأرض اليه ويعطي كراء الأرض؛ فان أخرجت الأرض وآخر البذر، وآخر البقر وآخر العمل⁽¹⁾ امتنع، وهو لصاحب البذر وعليه كراء الثلاثة الآخر.

فرع :

قال اذا اختلفتما في حراث الزرع فهو عليكما والتفضيل والحصاد على قدر الأنصاء الا أن يشترط في الأرض المأمونة ، والا امتنع لعدم الوثوق بفعله .

فرع :

قال قال ابن حبيب تجوز مزارعة أرضك وان لم تكن مأمونة كجواز كرائها بغير نقد ، فاذا لم ترو او عطشت فصبيتها منكما بخلاف المتكاريين ؛ لأن المكتري مشترى يجب التسليم له ، والشركة تقتضي التساوي في العوارض ؛ فان استحققت الأرض بعد الزراعة في إبانها، رجع المستحق على من كانت يده الأرض بنصف قيمة كرائها ؛ قال سحنون فان أخرجت الأرض والبذر والآخر العمل والبقر فاستحققت الأرض بعد الزراعة في إبانها، رجع المستحق عليك بنصف كرائها ، كأنه حرث له شريكك نصفها وآجره بالربع بنصفها ونصف البذر ؛ فان كانت قيمة نصف البذر وكراء نصفها معتدلا، رجع عليك المستحق أيضا بربع قيمة عمل

(1) في نسخة د (الغنم) - وكتب بالهامش : لعله العمل .

العامل وهو الذي أخذ في كراء نصف الأرض ؛ وإن اختلفت قيمة البذر وكراء نصف الأرض، كان ذلك على هذا الحساب ؛ فإن كنت عديما اتبعك بنصف قيمة كراء الأرض ، واتبع شريكك بربع قيمة العمل ؛ ولو استحققت بعد فوات الزراعة، فلا كراء له على واحد منكما ؛ ولو كان بعد الحرث وقبل الزرع ، فله أخذها ولا شيء للشريك في حرثها .

فروع :

قال أعطيت أرضك وبذرك وبقرتك على أن تأخذ البذر وتقتسمان ، فادعى أن نصف البذر له صدق مع يمينه والزرع بينكما نصفان وتراجعان الفضل قاله ابن القاسم ؛ ولو أخرجت الأرض والآخر العمل والبذر بينكما فادعى الزارع أنه أسلفك نصف البذر صدق مع يمينه ، لأنه المباشر والزرع تحت يده ، وصاحب البذر مصدق والزرع بينكما لاعترافه بالشركة وتراجعان الفضل قاله ابن وهب ؛ ولو أعطيته أرضك حين القلب مناصفة يحرقها ، ثم رويت فقلت عليك حرثها فخذ نصف الزريعة مني، وقال إنما حرثت الأرض على أن لي نصفها أحرثها لنفسي أو قال اكترتها ، صدق مع يمينه قاله ابن القاسم ، لأن الحرث عمله ويده عليه ؛ وإذا قلب أرضك وقلت وقت الزراعة شاركتك والأرض من عندي والعمل والقلب عليك والبذر بيننا نصفان ، قال قلبتها على أن أقاسمك تزرع نصفها وأزرع نصفها ، أو قال اكترتها صدق لحوزة بعمله ؛ ولو ادعى الشركة والتساوي في الزريعة صدق من صرف البذر من عنده، والا صدق العامل لأن الغالب في المزارعة اخراج البذر ، ويصدق أبدا من يدعي التساوي والصحة على من يدعي خلاف ذلك ؛ قال ابن حبيب ولو اختلفتما ولم تتحاكما وامتنع رب الأرض من العمل على ما قال فزرع نصفها لنفسه ببذره ، وأبقى نصفها لك فالزرع بينكما وتترادان الفضل ولك كراء ما تعطل إن ادعيت الاعتدال ، كما لو أبطل ذلك بزراعة ؛ وإن كان هو مدعي الاعتدال، فلا كراء عليه بل على المنع من

العمل ، كما لو كان ذلك في مزارعة لم يختلفا فيها .

فروع :

قال اذا غلط وكيلك فزرع أرضك ببذر امرأتك ، قال ابن القاسم الزرع لك وعليك مكيلة البذر ؛ وقال سحنون يضمن الوكيل ، لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء ، وله ما أخرج البذر من الزرع ، الا أن يزيد على البذر فلك الفضل ؛ وان لم يخرج شيئاً ، لم يكن له شيء ، لأنه بذر بالضمان وقد عطب ؛ ولو أمرته بقمح فزرع شعيراً ، او سمراء فزرع بيضاء قال محمد الزرع له لتعديه وعليه الكراء ؛ وان بذر من عنده مثل بذرك ، فالزرع لك لوجود صورة المأذون فيه ؛ والا فلا تجبر في اعطائك البذر وأخذ الزرع ، لئلا يكون شراء زرع لم يبد صلاحه بما يعطيه ؛ وقبل ينتظر دراس الزرع فيستوفى منه البذر والفاضل لرب الأرض .

فروع :

قال قال ابن القاسم اذا آجرته بقرة بإردب شعير على حرث إردب شعير في أرضك فحرث الإردبين في أرضه بغيرهما ، فإن عطب الزرع فلا شيء له ؛ وان أخرج أكثر من إردبين واجارة مثله إردب أو أقل ، دفع ذلك اليه مع الإردب الذي أخذ منه ودفع ما بقي لرب الزريعة وكانت إجارة مثله أكثر من إردب ، لم يزد عليه ورد عليه أحد الإردبين ودفع ما بقي لصاحب الزريعة؛ فان لم يخرج الا إردباً فحوصص به مما أخذ منه ولم يكن له غيره .

فروع :

قال قال أصبغ اذا بذر أرض جاره غلطا أو بنى في عرصته ولا يعرف ذلك الا من قوله ، فأما الباني فلا يعذر ويعطى قيمة البناء منقوضاً او يؤمر بقلعه ؛ واما الزارع فله الزرع وعليه كراء المثل وهو على الغلط حتى يتبين عمدته ، والفرق

من جهة العادة ان سرعة الزرع توجب الغلط، بخلاف البناء فيه التروي ؛ وقال
سحنون الزرع لرب الأرض الا أن يقدر على جمع حبه .

فرع :

قال قال⁽¹⁾ سحنون من حرث أرضك ليلا غلطاً فلا أجرة له ، لأنه لم يحرث
الا لنفسه ؛ فان زرع أرضك إذلالا عليك ، فلك قلع زرعه في ابان الزراعة
والكراء بعد الإبان لأنه متعدد .

فرع :

قال⁽²⁾ أجرته على زراعة إردب في أرضك ، فخلطه بإردبه وزرعه ؛ فهو
غاصب إن عثر عليه قبل قرب حصاده فلا شيء له ، لأنه غاصب ؛ أو بعد قرب
حصاده ، فله من الزرع بحصة بذره وعليه الكراء ؛ ولو زرع الإردب في
أرض نفسه ، فعليه مثله الآن ؛ وإذا درس الزرع أخذت كل ما خرج من بذرك
الا مقدار بذرك ، لأنك أخذته أو لا تعطيه عمله ومثوته وكراء أرضه .

فرع :

قال قال ابن حبيب اذا اختلط زرع الفدادين عند الحصاد حلف كل واحد
منكما على بذره ، وتقتسمان الطعام على عدد الكيل .

فرع :

قال قال سحنون اذا حرثت أرضك قمحا وجارك شعيرا فتطير البذران
لأرض الآخر فهو لمن حصل في أرضه ، ولو كان بينكما جسر او خط فتطير

(1) كلمة (قال) - الثانية ساقطة في ي .

(2) قال أجرته : د ، قال قال : أجرته - زيادة (قال) الثانية : ي .

البذر⁽¹⁾ فيه فذلك بينكما اتفقت الزريعة ام لا ، لأن ذلك الموضع من أرضكما .

فروع :

قال : اذا حرثا الأرض وغاب احدهما عند الزراعة ، فخاف الآخر الفوات فبذر من عنده ؛ قال قال ابن القاسم : الزرع للبذر ، وللآخر كراء الأرض محروثة ، لأن الزرع للزراع ؛ ولو قسم الأرض بحضرة جماعة وحرث في نصيبه ، لا ينفعه ذلك وعليه كراء ما زرع إلا أن يقسم بأمر السلطان ؛ فلو زرعتها شركة ، فقدمت فرضيت جاز كبيع الفضولي ؛ ولو زرعتها لنفسه ، امتنع ان يعطيه نصيبك من البذر⁽²⁾ ليكون الزرع بينكما ؛ لأنه بيع الزرع قبل بدو صلاحه .

فروع :

قال دفعت أرضك ليزرعها عليك نصف البذر، يمتنع لأنها شركة بشرط- والزرع بينكما وتتكا فإن في الكراء والعمل؛ وهو مصدق في البذر، الا أن يأتي بما لا يشبه ؛ وفي قول سحنون اذا شرط السلف للزرع له، يأخذ البذر وعليه الأجرة .

فروع :

قال فان أعطيته⁽²⁾ ثمن نصيبك من البذر فادعى بعد الزرع عدم الشركة وأنه لم يشتري لك شيئاً بل زرع لنفسه ، لم يصدق والزرع بينكما ؛ فان صدقته خيرت بين مكيلة الطعام وكنت شريكاً ، أو أخذ الثمن الذي دفعته له والزرع له - قاله ابن القاسم ؛ وقال يحيى بن عمر اذا صدقته او قامت البينة، فالزرع له ويمتنع رضاك ، لأنه شراء للزرع له قبل بدو صلاحه .

(1) كلمة (البذر) ساقطة في د .

(2) أعطيت : د ، أعطيته : ي - ولعلها أنسب .

فروع :

قال أخرجت الأرض والبذر ، والآخر البقر والعمل على أن له مكانا معينا - والباقي بينكما يمتنع للغر ؛ والزرع في قول سحنون لصاحب البذر ، وعليه كراء البقر وغيره ؛ وكذلك ان شرط أجرة⁽¹⁾ معلومة .

فروع :

قال قال⁽²⁾ سحنون لا يخرج أحدهما قمحا والآخر شعيرا او صنفا آخر ، لأن التساوي في المخرج صفة ومقداراً شرطاً، فان نزل فلكل واحد ما أنبت بذره ، ويتراجعان الأكرية ؛ وعنه جواز ذلك اذا استوت القيم .

فروع :

قال قال سحنون في أرضين إحداهما بالشام والأخرى بمصر يجوز على ان يزرعا هذه ثم يذهبا لتلك فيزرعاها ؛ ويمتنع ان يخرج بذر هذه والآخر بذر تلك ، لأن شرط الشركة التساوي والخلط .

فروع :

قال : يكفي في صحة الشركة ان يحمل البذر الى الفدان ويبذر كل واحد في طرفه فيزرعان بذر أحدهما في فدان او بعضه ، وزريعة الآخر في الناحية الأخرى ؛ فان لم تنبت احدى الزريعتين ، فعليه مثل نصف بذر صاحبه إن علم ولا عوض له في بذر صاحب البذر الفاسد لفساده ، والا فله نصف بذره على أنه لا ينبت ، وعليه مثل نصف بذر التابت - والزرع بينهما غره ام لا ؛ ولو علم الغرور منه في الإبان فضمانها منه ، ويخرج مكيلتها فتررع ثانياً ولا غرم على الآخر ؛

(1) أجرة : د ، بقرة : ي .

(2) كلمة (قال) - الثانية - ساقطة في ي .

وان لم يغر أخرجا قفيزا آخر⁽¹⁾ فزرعاه - إن أحبا وهما على الشركة - قاله سحنون لصحة العقد أولا ، وعنه اذا لم تنبت احدهما بطلت الشركة ولكل واحد ما أنبت بذره غره أم لا، لتبيين عدم خلط البذر أولاً ؛ ولو اشترت بذرا جيدا والآخر رديئاً فتجاوزته فزرعت ببذر كثلثة فدادين وزرع ببذره فدانين ثم شاحته ، قال ابن القاسم يؤدي كل واحد لصاحبه ثمن نصف بذره ؛ وعن يحيى بن يحيى اذا صح العقد ثم أخرجت بذرك فزرعته في موضع ، وأخرج الآخر بذره فزرعه فلم ينبت ، فهو بينكما والثابت لكما إذا لم يغر من بذره ، لأنه فساد لم يقصده ويتراجعان الأكرية .

فرع :

قال اذا امتنع أحدكما من التمادي على ما دخل عليه أجبر قاله سحنون ، لأن الشركة عنده تلزم بالعقد ؛ وقال ابن القاسم ان لم يبذر لم يجبر ، وإلا أجبر ؛ فان عجز ، عمل شريكه ؛ واذا طاب الزرع ، باع واستوفى حقه ؛ فان فضل ، اتبع به لقيامه عنه بما يلزمه ؛ وقال محمد ليس لها⁽²⁾ التفاضل ولا أن يولي أحدهما حصته للآخر ولا لأجنبي ، لأنه بيع الزرع قبل بدو صلاحه .

فرع :

قال قال محمد تمتنع الشركة في أرض زرع بعضها الا فيما لم يزرع منها ، لأنه بيع للزرع قبل صلاحه .

فرع :

قال لو ذهب السيل بالزرع في الإبان فأردت إعادة البذر وأبى الآخر ، لم

(1) كلمة (آخر) ساقطة في د .

(2) لها : د ، له : ي .

يجبر ، لأن عملكما قد تم بخلاف ذهاب البذر قبل الزرع او الثور او العبد ؛ فلو⁽¹⁾
أخرجت أرضك نصف البذر ، والآخر العمل ونصف البذر - فقلب الأرض في
إبان الزراعة فدفعها لآخر ليخرج عنه نصف البذر والعمل ، فالزرع بينك وبين
الآخر وسقط الأوسط ، لعدم ما به الشركة منه .

فرع :

قال لو غبت وزرعها ببذره ولم تحضر زريعة ، فالزرع له وعليه الكراء ؛ ولو
جئت بالبذر بعد الزرع ، امتنع أخذه لبطلان الشركة لعدم الخلط وهو الآن يبيع
الزرع قبل بدو صلاحه ؛ ولو قلت اقترضني البذر وأنا أعطيه لك الآن
امتنع.

فرع :

قال إذا كان عليك الحرث فقلت حرثة ، وقال حرثتين ، حملتما على سنة
البلد ؛ فان عدمت فما قلته ، لأن الأصل عدم الزائد .

(1) فلو : د ، ولو : ي .

كتاب المغارسة

وفيه مقدمة وبابان :

المقدمة في لفظها وهي مفاعلة وأصلها أن تكون لصدور الفعل من اثنتين نحو المضاربة والمناظرة والمدافعة، فقتضاها ان يكون كل واحد يغرس لصاحبه وليس كذلك بل أحدهما الغارس فيتعين ان يجب بما تقدم في المساقاة والمضاربة ، فيطالع من هناك .

الباب الأول في أركانها

وهي ثلاثة :

الأول والثاني المتعاقدان، ويشترط فيهما أهلية الشركة والإجارة ، فإن المغارسة مركبة منها .

الركن الثالث : العمل .

قال صاحب المقدمات : المغارسة ثلاثة أقسام :

القسم الأول : إجارة محضة كقولك اغرس ارضي تينا ونحوه - ولك كذا ، فإن كانت الغروس من عندك فلا إشكال في الجواز - سيئت عدد ما يغرس أم لا ، لأنه معلوم عرفا ؛ نعم لا بد أن تصف قدر الغرس في الصغر

والكبر لاختلاف المشقة فيه ، الا أن تكون عادة ؛ وان كانت الغروس من عنده ، فيدخل فيه ما دخل في اشتراط الجص والآجر على البناء ؛ لانه إجارة وسلم فأحكامهما مختلفة إذا كان الأجير بعينه ، فان أسلم لا بد فيه من ضرب الأجل وتعجيل رأس المال ، والأجير المعين لا يجوز النقد له الا بعد الشروع ؛ فلا يستأجر المعين والغروس من عنده ، ولها قيمة الا بثلاثة شروط : تعجيل الإجارة ، والشروع في العمل ، وان يكون الغرس لا يتم الا في مدة طويلة يستخف فيها ما يتعجل من الغرس في جنب ما يتأخر ؛ وأما إن استأجره إجارة مضمونة في ذمته على أن الغرس من عنده ولها قيمة فذلك جائز ، لأن الإجارة المضمونة كالسلم ؛ فان قدم إجارته اليه وضرب للغرس أجلا كقولك استأجرتك على غرس هذه الأرض في شهر كذا والغرس من عندك أجازته⁽¹⁾ ابن القاسم في المدونة إذا كان على وجه القبالة وقدم نقده .

القسم الثاني : المغارسة على وجه الجعل كقولك اغرس أرضي تينا او نحوه ، ولك في كل ثمرة تنبت كذا فيجوز ، لأنه جعل محض .

القسم الثالث : أن يغارسه في الأرض على جزء منها فليست إجارة منفردة ولا جعالة ، بل أصل مستقل فيه الشبهان فيشبه الإجارة في اللزوم بالعقد ، والجعالة لبطلان حق المغارس إذا بطل الغرس ولا يعيده مرة أخرى ؛ وعن ابن القاسم لا يجوز الا على الجعل وان يكون له الترك متى شاء ، فعلى هذا المغارسة قسمان فقط : الجعل والإجارة ، كان له جزء من الأرض أم لا ؛ ومنع (ش) القسم الثالث ، لأنه ليست شركة ولا قراضا ولا إجارة لعدم شروط الأقسام فلا تجوز ، وقاسها مالك على المساقاة ؛ وتمتنع على جزء من الأرض الا أن يكون الى⁽²⁾ حد دون الإطعام ، وفي التحديد بالاطعام او السنين دون الإطعام أو سكتا

(1) كذا في النسختين ، والذي في المقدمات 2/ 236 : (وهو معنى قول غير ابن القاسم) .

(2) إلى : د ، على : ي .

عن التحديد قولان ؛ ويمتنع ان يكون الشجر أو الغلة بينهما دون الأصل ؛ قال ابن بشير في نظائره يشترط أمران : ان تكون الأرض بينهما مع ما فيها لثلا يتنفع العامل بالأرض مدة غير محصورة ، وان يكون الانتهاء الإطعام أو دونه دون ما فوقه .

الباب الثاني في أحكامها

قال ابن يونس المغارسة ان يعطيه أرضه يفرسها نوعاً أو أنواعاً من الشجر يسميها ، فإذا بلغت حداً سباه في ارتفاعها كانت الأرض والشجر بينهما على جزء معلوم ؛ ويمتنع التحديد كما⁽¹⁾ بعد الإثمار ، لأن العامل يكون نصف الثمرة⁽²⁾ له إلى ذلك الحد ، فقد آجر نفسه بثمره لم يبد صلاحها وينصف الأرض وما ينبت فيها ؛ قال ابن حبيب ان سكتا عن ذكر الحد، جاز ويكون الى الكمال التام ؛ وقال ابن القاسم هو فاسد حتى يبيناً حداً ، ولو سميا سنين جاز إذا كانت الأرض مأمونة النبات ولا يتم الشجر قبلها ؛ وان اشترطا ان كل نخلة تنبت له فيها حق، ولا شيء له فيها لا ينبت ، وعلى أنه إن شاء ترك وشرطاً حداً معلوماً جاز ؛ قال ابن القاسم اذا قلت استأجرتك لتفرسها كذا وكذا نخلة ، فان نبتت⁽³⁾ فهي⁽⁴⁾ بني وبينك فهو⁽⁵⁾ جعل لا اجارة وله الترك إن شاء ؛ وعن مالك تمتنع المغارسة الى أجل ، لأنها في معنى الجعل، قال مطرف انما يجوز الأجل اذا قال اغرسها شجر كذا ولك نصفها الحد الذي سمياه على أن تقوم بنصني كذا وكذا سنة، لأنها اجارة

(1) كلمة (كما) ساقطة في ي .

(2) الثمر : د ، الثمرة : ي - وهي أنسب .

(3) لم تنبت : د ، نبتت : ي .

(4) فهي : د ، هي : ي .

(5) فهو : د ، فهي : ي .

على غرس نصف الأرض ، ويأتي بما يغرس من عنده ويخدمه كذا وكذا سنة بنصف الأرض ؛ فإن بطل الغرس بعد أن غرسه، أتاه رب الأرض بغرس مثله يقوم به إلى ذلك الأجل ؛ قال ابن يونس هذه المغارسة بعينها إلى أجل ، ومالك ينظر إلى تصرفها لا إلى قولها ؛ قال ابن القاسم إن غارسه على أن العمل مضمون مات أو عاش جاز ، أو على عمله بعينه امتنع للغرر بتوقع موته ، قال سحنون هذا يمنع مطلقا لأنه جعل وبيع .

فرع :

قال ابن يونس قال ابن القاسم⁽¹⁾ إذا أثمر النخل وبقي الثافه ، فهو تبع والعامل على شرطه ، ويسقط العمل عنه ؛ قال ابن حبيب إن كان له بال أو النصف وهو مباين ، سقط العمل عنه في الثمر أو مختلطا سقي الجميع وثمر ما أثمر بينهما ؛ قال صاحب المقدمات إن نبت⁽²⁾ يسير وبلغ الحد وبطل الباقي أو بطل منه يسير وبطل⁽³⁾ الحد وبطل⁽⁴⁾ سائر ذلك ، فقليل القليل أبدا تبع للكثير إلا أن يكون له قدر قاله ابن عاصم⁽⁵⁾ ، وهو الذي يأتي على المشهور ويثبت حقه في الثابت ويبطل مما بطل ؛ وقيل حقه فيما نبت وما بلغ، ويبطل فيما لم يبلغ يسيرا كان أو كثيرا تبعا أو غير تبع ، وهو يأتي على القول بأن المغارسة في الأرض على جزء منها تمتنع إلا على وجه الجعل⁽⁶⁾، والقول الأول على أنها جائزة لازمة لها .

(1) جملة (قال ابن القاسم) ساقطة في د .

(2) كذا في النسختين ، والذي في المقدمات (ثبت) - بالثاء .

(3) في نسخة د : (وبلغ) ، وكتب بالهامش : (في الأصل : وبطل الحد) .

(4) كذا في النسختين ، والذي في المقدمات : (وثبت) .

(5) يعني به حسين بن عاصم .

(6) انظر المقدمات 137/2 .

فروع :

في المقدمات حيث قلنا بفسادها، فان لم يجعل له جزءاً من الأصل⁽¹⁾ بل الغرة بينهما او الشجر دون موضعها، فهل يجعل كالكرء الفاسد او الأجرة الفاسدة قولان مبنيان على أن المغروس على ملك الغارس فيكون كراء فاسداً ، او ملك رب الأرض فتكون إجارة فاسدة ؛ والأول لابن القاسم ، فان جعل له جزءاً من الأرض مع الفساد كالمغارسة الى أجل بعد الإطعام ، فثلاثة أقوال : اجارة فاسدة على رب الأرض قيمة غرسه يوم وضعه في أرضه ، وأجرة مثله في العمل وجميع الغلة له قاله سحنون بناء على أن الغرس على ملك رب الأرض ، كأنه استأجره على غرسها بنصفها ؛ وقيل بيع فاسد في نصف الأرض وقد فات بالغرس فعلى الغارس قيمته يوم غرسه ، وكراء المثل في النصف الآخر الفاسد يوم أخذها، او يوم الغرس فيها او يوم القوت على الخلاف في ذلك ؛ ويقنع الغارس غرسه ، الا أن تأخذه بقيمته مقلوعاً ؛ وروى يحيى لك أخذه بقيمته - قائماً لوجود الإذن في الموضع - وجميع الغلة للغارس ؛ وهو على أن الغرس على ملك الغارس ؛ وقيل بيع فاسد في نصف الأرض فات بالغرس على الغارس قيمته يوم غرسه ، واجارة فاسدة في النصف الآخر عليك فيه قيمته مقلوعاً يوم وضعه ، وأجرة مثله في عمله إلى وقت الحكم ؛ وقيل يكون عليك نصف قيمة الغرس قائماً يوم الحكم فيه ، لأجل سقيه وعلاجه قاله ابن القاسم ؛ وقيل عليك للغارس نصف غرسه يوم بلغ ، وأجزته من يومئذ إلى يوم الحكم قاله ابن حبيب؛ والغلة بينهما في جميع ذلك على شرطها، والصحيح الأول عليك القيمة فيه مقلوعاً وأجرة العمل إلى⁽²⁾ يوم الحكم⁽³⁾ .

(1) الأرض : د ، الأصل : ي - وهو الثابت في المقدمات .

(2) إلى يوم الحكم : د ، يوم الحكم - باسقاط (إلى) : ي .

(3) انظر المقدمات ج 2 / 238 - 246 .

فرع :

قال صاحب النوادر ولا تكون المغارسة فيما يزرع سنة بل في الأصول
الثابتة ، وتمتنع الى أجل ؛ لأنها في معنى الجعل بل للإثمار او قبله .

فرع :

قال اذا بطلت الشجرة⁽¹⁾ بعد تمامها في المغارسة الفاسدة قبل أن ينظر بينهما،
قال عبد الملك ومطرف لا شيء له من قيمة ما عمل ولا رد ما أنفق ، لأنه لم
يخرج من يده شيء ليعوض عنه ؛ وانما انفق ليأخذه من الثمرة وقد ذهبت وتمضي
الغلة لمن اغتلتها قبل ذهاب الشجر اغلاها جميعا ، او الغارس ولا ينظر بينهما في
شيء إذا ذهب الغرس الذي تعامللا عليه⁽²⁾ وفات موضع تصحيحه بالقيمة ؛ وقال
أصبغ يعطى قيمة عمله يوم تم كثرائه بثمان فاسد فتفوت ، والغلة كلها لرب
الأرض ، قال والأول أحب الي ؛ وانما يصح قول اصبغ إذا اعطاه نصف
الأرض عوضا عن غرسه النصف الآخر ، قال ابن القاسم اذا فسدت بعدم ذكر⁽³⁾
حد تنتهي اليه او حد معلوم - الى حد الإثمار دونه وفات فالغرس بينهما نصفان
ويلزم العامل نصف الأرض بقيمتها يوم قبضها براحا ، لأنه اشتراها شراء فاسدا
فأقاتها بالغرس ؛ فان اغتلتها زمانا طويلا فما اغتلت في نصفه الذي الزمناه قيمته ،
لا كراء عليه فيه، والنصف الآخر كأنك أكريته⁽⁴⁾ بثمرة لم يبد صلاحها وترد
أنت الثمرة التي قبضت الى العامل وتأخذ منه كراء حاليا يوم اغتلتها وهو خلاف
قول ابن حبيب ؛ قال سحنون بل غلة جميع الأرض لربها يردها⁽⁵⁾ العامل وله

(1) الشجر : د ، الشجرة : ي .

(2) كلمة (عليه) ساقطة في د .

(3) كلمة (ذكر) ساقطة في د .

(4) كأنه اكراه : د ، كأنك كريت : ي - ولعلها أنسب .

(5) يرده : د ، يردها : ي .

قيمة غرسه وأجرة عمله، ولو جعلت له الثمرة كان بيعها قبل بدو صلاحها ؛ قال ابن القاسم⁽¹⁾ لو أخذها بحد معلوم على أن يعمل لك في نصفك سنين معلومة بعد القسم عملاً مضموناً عاش أو مات وهو عمل معروف جاز ، وإن كان عمله بيده امتنع للخطر ؛ قال سحنون هو خطأ لأنه جعل وبيع ، والذي أنكره أجازته ابن حبيب ؛ قال ابن القاسم فإن وقع على ما ذكرنا من الفساد واغتلت الشجر زماناً وبطل الغرس ، لم يبطل ما لزمه من نصف قيمة الأرض يوم القبض وله غلة جميع الشجرة وعليه قيمة كراء نصف الأرض من يوم اغتلتها وله عليك قيمة عمله في نصفك⁽²⁾ إلى أن يبلغ الحد المشترط فلا أجرة له كالجعل ؛ وقال سحنون الغلة كلها لك ويرد ما أخذ منها وله أجرة مثله .

فرع :

قال قال ابن القاسم أعرت أرضك عشر سنين للغرس ويسلم⁽³⁾ اليك بعد المدة بغرسها ويغتلها هو في المدة ، يمتنع للجهل بحال المال ، وجوزته أشهب كالبتيان إذا سمي مقدار الشجر .

فرع :

قال قال أصبغ إذا اشترط مع غرس الشجر بناء جدار حوله أو حفر سياج وكان يخاف ألا⁽⁴⁾ يتم الغرس إلا بذلك، لكثرة المواشي ويكون جميع ذلك بينهما جاز ، أو لا يخاف ذلك ومثونة المشترط يسيرة جاز أيضاً ، والا امتنع .

فرع :

قال قال أصبغ إذا غرس النصف ثم عجز قبل التمام ، أو غاب فأقمت من

(1) لو : د ، ولو : ي .

(2) نصفك : د ، نصيبك : ي .

(3) وسلم : د ، ويسلم : ي .

(4) لا : د ، ألا : ي - وهي أنسب .

عمل ما بقي او عملته بنفسك ثم قدم فهو على حقه ؛ وكذلك الحاضر إذا لم يظن أنه ترك وسلم ورضي بالخروج ويعطي المكمل قدر ما كفاه مما لو وليه هو لزمه مثله .

فرع :

قال قال ابن القاسم اذا ادعيت ان المغارسة وقعت على أن الثمرة فقط او الشجرة⁽¹⁾ بينكما ، وادعى نصف الأرض بغرسها وللبلد عادة صدق مدعيها صحيحة أم لا وإلا صدق مدعي الصحة⁽²⁾ ، لأنها أصل معاملة الاسلام ؛ وعنه اذا كانت عادة البلد بعمل الأمرين ، يتحالفان ويتفاسخان .

فرع :

قال سحنون اذا غارسه على أن الثمرة خاصة بينهما ابدا⁽³⁾ وفاتت ، فللعامل أجرة⁽⁴⁾ مثله فيما عمل وعالج حتى بلغت الإطعام ، ثم هو فيها أكلا بعد ذلك من الثمرة على مساقاة مثله ؛ وان كانت مساقاة مثله النصف ، لم يرجع احكما على الآخر بشئ او على الثلث رجعت عليه بسدس الثمرة ، أو على الثلثين رجعت عليك بالسدس يوم فسخ العمل بينكما ؛ ولو كانت على أن الثمرة بينهما سنين معلومة فكما تقدم .

فرع :

قال قال سحنون يجوز أن يعمل لك رحي بصفة معلومة بجميع أدواتها ، فإذا تمت فله نصفها أو غير ذلك من الاجزاء بجزء ذلك الأرض لأنه جعل والكلف في المستقبل عليكما لأنكما شريكان ، وتنعقد الشركة والاستحقاق بعد

(1) أو الشجرة : د ، والشجر : ي .

(2) جملة (والا صدق مدعي الصحة) ساقطة في د - والمعنى يقتضيها .

(3) كلمة (أبدا) ساقطة في د .

(4) أجر : د ، أجرة : ي - ولعلها أنسب .

التمام ؛ فإن شرطت ان عليه اصلاحها ما بقي ، امتنع للغرر ؛ فإن فات بالبناء فعليه نصف قيمة الأرض بغير شرط ، وله عليك نصف قيمة ما بني⁽¹⁾ وأصلح ويبطل الشرط وتصير الرحى بينكما وعليكما اصلاحها ؛ فإن لم يعثر على ذلك حتى طحنا زمانا فهي بينهما من يوم طحنت ، وان ولى هو الطحين فيها للناس فله الغلة وعليه كراء نصفها وتاتفان في أمرها ما احببتا⁽²⁾ ؛ فلو كاتت المزمة من عندك ، فهو سواء ؛ وان كنت العامل فيها فلك الغلة وعليك كراء نصفها له ؛ وقال غيره اذا لم يصف البناء وفات بالبناء أو بما في فسحه ضرر يكون بينكما ولك قيمة⁽³⁾ نصف أرضك وعليك له نصف قيمة ما عمل وبني ، وتبقى بينكما على ما هي عليه يومئذ فرغت ام لا ، لأنها مجاعة فاسدة ؛ ولو شرطتما ان الغلة بينكما دون الرحى وفات لا يكون له في الرحى ولا في البناء ولا في الأرض شيء ، لأنه لم تقع المبايعة في شيء من الأصل ؛ وانما اشترى منه ماءه⁽⁴⁾ وما يدخل من الكسب فالرحى بما فيها لك وعليك قيمة البناء وما وضع فيها بقيمته⁽⁵⁾ يوم تم .

(1) بني : د ، لها : ي .

(2) أحببتا : د ، أجملتا : ي .

(3) قيمة : د ، قسمة : ي .

(4) ماء : د ، بقيمته : ي .

(5) بقيمته : د ، بقيمته : ي .

كتاب إحياء الموات

قال الجوهري : الموات بضم الميم الموت ، وبفتحها ما لا روح فيه ، وأيضاً هو الأرض التي لا مالك لها ولا متنفع بها ؛ والموتان بفتح الميم والواو : الأرض التي لم تحي ، وهو أيضاً ضد الحيوان ؛ يقال : اشترى الموتان ولا تشتري الحيوان ، أي اشترى العقار دون الرقيق ؛ ويتمهد فقه الكتاب بالنظر في الإحياء وموانعه وغيرها ، ثم ما ⁽¹⁾ يقع من التراحم في الحيطان والسقوف ومنافع البقاع من المساجد والطرق والأعيان المستفادة من الأرض كالمعادن والمياه وغيرها ، ثم فيما يقع :

النظر الأول : في الإحياء

وفيه ثلاثة أبحاث :

البحث الأول : في صفة الإحياء، الذي هو سبب الملك:

وفي الكتاب يجوز الإحياء بغير إذن الإمام وإحيائها شق العين ، وحفر البئر ، وغرس الشجر ، والبناء، والحرق ⁽²⁾ . قال اللخمي : إن حفر بئراً في أرض ذات بياض، وقطع من الغيضة ما يستي ذلك البئر فهو أحق بما يستي ذلك البئر، وكذلك إذا لم تكن فيها شعراء؛ وإن حفر البئر لماشيته ليسكن ذلك الموضع ، فهو

(1) عبارة : (ثم ما يقع من التراحم . . . والمياه) مقدمة في د ، مؤخره في ي ، ففيها تقديم وتأخير .

(2) المدونة : م 6 - ج 15 / 195 .

أحق بما يحتاجه ليسكن ، وإن كان ليرعى غنمه ويذهب عنه ، لم يكن إحياء وهو أحق بما ترعى غنمه ؛ ومحمل قوله في المدونة إذا لم يكن الحفر لأجل الكلاً^(١) ، لأنه ليس ذلك مما يقصد للتمليك^(٢) ، والرعي بانفراده ليس إحياء ؛ وقال أشهب : إذا نزل قوم ورعوا ما حولهم^(٣) فهم أحق من غيرهم ، لأن للسبق حقاً ، لقوله عليه السلام من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به^(٤) . وفي الجواهر الإحياء : ما تقتضي العادة انه إحياء لمثل تلك الأرض ، لأنه - عليه السلام - أطلق الإحياء فيتعبد بالعادة - وقالة (ش) ، وقال إذا لم يسقف الدار ولا قسم البيوت وقد أحيا للسكنى فليس بإحياء ؛ وإن حفر البئر ولم يطوها فليس بإحياء . قال صاحب التنيهاة والإحياء يقع بعشرة أشياء ، سبعة متفق عليها : تفجير الماء بالحفر وبالشق^(٥) ، والبناء ، والغرس ، والحرق ، والحرث ، والسابع تكسير الحجارة ، وثلاثة مختلف فيها : التحجير ، ورعي الكلاً ، وحفر بئر ماشية، فهي ليست إحياء عند ابن القاسم خلافاً لأشهب .

فرع :

قال بعض العلماء : إذا أحيا بأجر مغضوب لا يملك ، لأن الشرع ملكه لينتفع بإحيائه ، وهذا يحرم عليه الانتفاع ؛ بخلاف الاصطياذ بقوس الغير أو

(١) المصدر السابق .

(٢) للتمليك : د ، بتمليك : ي .

(٣) جملة (ما حولهم) ساقطة في د .

(٤) لفظ الحديث : (ما لم يسبق إليه مسلم) - فقد أسقط المؤلف كلمة (مسلم) ، والحديث

أخرجه أبو داود والضياء المقدسي من حديث أم جندب .

انظر قبض القدير 148 / 6 .

(٥) كلمة (والأحياء) ساقطة في د .

(٦) وبالشق : د ، والشق : ي .

سيفه ، والفرس يجاهد عليه له السهام ؛ ففي هذه يملك الغاصب المنفعة ، لأن ما ينتفع به غير العين المغصوبة ؛ ولو نزع العین المغصوبة بقيت الثمرة للغاصب ، وهي الصيد والسهام ، ولو نزع المغصوب ههنا لم يبق له شيء .

البحث الثاني : في موانعه وهي خمسة:

المانع الأول : العمارة ، وفي الجواهر لا يملك بالإحياء معمر وإن اندرست العمارة ، إلا أن تكون عمارة إحياء ؛ وقال سحنون : هي كعمارة غير الأحياء لا تملك بالاندراس ، لقوله - عليه السلام - في الموطأ من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق⁽¹⁾ . قال مالك والعرق الظالم كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق⁽²⁾ ، وقد تقدّم أن الموات⁽³⁾ لغة ما لم يتقدم عليه ملك ولا ينتفع به ؛ ومنطوق الحديث يقتضي ترتب الملك على الإحياء في الميت ، ومفهومه يقتضي عدم ترتبه في غيره وهو المطلوب ؛ وقياساً للإحياء على البيع والهبة وسائر أسباب التملك ، وقياساً على تملك لقطة ثم ضاعت منه ، فإن عودها على حال الالتقاط لا يبطل ملك الممتلك ؛ ووافق (ش) سحنون وقال لا يسقط الملك بعد الإحياء بعوده مواتاً، إلا إن جهل المحيي بالكلية كخراب عاد وثمود ؛ والجواب عن الأول أن الحديث معناه يقتضي⁽⁴⁾ ترتب الملك على الإحياء ، وهذا الثاني قد أحيأ فيكون الملك له ؛ وعن الثاني الفرق بأن الإحياء سبب فعلي تملك به المباحات من الأرض ؛ وأسباب تملك المباح الفعلية تبطل ببطان ذلك الفعل ، كالصيد إذا توحش بعد اضطياده ، والسملك إذا انفلت⁽⁵⁾ في النهر، وماؤه إذا حيز

(1) انظر الموطأ ص : 528 - حديث (1421) .

(2) المصدر السابق .

(3) الملك : د ، الموات : ي - ولعلها أنسب .

(4) كلمة (يقتضي) ساقطة في د .

(5) انقلب : د ، انفلت : ي - ولعلها أنسب .

ثم اختلط بالنهر ، والطير البري، والنحل إذا توحش وذهب وطال زمانه ؛
 وأسباب الملك القولية لا يبطل الملك ببطلانها ، لأنها إنما ترد على مملوك غالباً ،
 فلها أصل الملك قبلها أقوى إفادتها للملك ؛ وأما الإقطاع وإن كان سبباً قولياً فهو
 حكم من الإمام ، وأحكام الأئمة تصان عن النقض ؛ وعن الثالث⁽¹⁾ ان تملك
 الملتقط ورد على ما تقدم فيه الملك وتقرر ، فكان تأثير السبب فيه أقوى مما لم يرد
 فيه السبب على ملك ؛ وتحرير ذلك ان السبب إذا رفع ملك الغير كالبيع ،
 وتملك اللقطة كان في غاية القوة ؛ وأما الفعل بمجرد له قوة رفع الملك
 المعبر⁽²⁾ ، بل يبطل ذلك الفعل ؛ كمن بنى في ملك غيره، فلذلك ذهب أثره
 بذهابه ؛ وهذا فقه حسن على القواعد فليتأمل ، ومذهب (ش) في بادئ الرأي
 أقوى وأظهر ؛ قال ابن يونس قال عبد الملك إن⁽³⁾ أحيا الثاني بجدثان خراب فهي
 للأول ، ويعطى قيمة عمارته قائماً إن عمرها بجهل، ومنقوضاً إن عمر عالماً
 بالأول ؛ وإن عمر بعد الطول الذي يعد كالإعراض فليس له منعه . قال
 صاحب البيان فيمن أحياه بعد غيره ثلاثة أقوال : الأول أحق ، والثاني أحق ،
 الفرق بين أن يكون الأول أحيا ، فالثاني أحق ، أو اختط أو اشترى فالأول أحق ؛
 وفي الصيد إذا صيد بعد انفلاته أقوال ، ثالثها الفرق بين أن يكون الأول صاده
 فالثاني أحق ، أو ابتاعه فالأول أحق⁽⁴⁾ .

فرع :

في النوادر قال مالك في خراب عن⁽⁵⁾ الاسكندرية بنحو الميلى لا يعرف له

(1) الثالث : د ، الثاني : ي .

(2) الملك المعبر : د ، ملك الغير : ي .

(3) ان : د ، اذا : ي .

(4) انظر البيان والتحصيل لابن رشد ج 10 / 306 - 307 .

(5) عن : د ، على : ي .

أهل صار أكواماً لا يحيه أحد⁽¹⁾ ، قال ابن القاسم ولا بقطيعة من السلطان لتقدم الملك عليها ، فإنه ملك لا يخشى هلاكه بخلاف اللقطة. وقال⁽²⁾ سحنون إذا صارت الأملاك العامرة شعارى وطال زمانها نظر فيها السلطان ، قال⁽³⁾ (ح) إذا انجلى عنه أهله وبادوا ملك بالإحياء ، وللشافعية قولان قياساً على اللقطة إذا لم يعرف ربها وقد تقدم الفرق .

المانع الثاني : حریم العماره ، فيختص به صاحب العماره وقاله الأئمة ، لقوله - عليه السلام - لا ضرر ولا ضرار⁽⁴⁾ . وفي الكتاب ليس لبئر الماشية ولا للزرع ولا للعيون حریم محدود إلا ما أضر⁽⁵⁾ وقاله (ش) . فبئر في أرض رخوة وبئر في أرض صلبة أو في صفاء ، ولأهل البئر منع من يبي أو يحفر في ذلك الحریم نفيّاً للضرر عنهم ؛ ولو لم يضر بهم الحفر لصلابة الأرض ، لمنع لتعذر مناخ الإبل ومرايض المواشي عند الورود ؛ قال ابن يونس قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : لبئر العادية من الحریم خمسون ذراعاً ، وبئر البادية خمسة وعشرون ؛ وبئر الزرع ثلاثمائة ذراع ، وللعيون خمسمائة. قال أشهب هذه حكومة تبتدىء كحكومة الصيد بقدر الضرر ، قال اللخمي : للأول منع ما ينقص الماء ويمنع المرعى ؛ وحفر الثاني على ثلاثة أوجه : إن كانت الأرضان غير مملوكة والماء الأول للماشية ، أو الأولى مملوكة منع الثاني من الحفر حيث أضر بالأول ، وإن كانتا مملوكتين وعلم الأول⁽⁶⁾ فهو أحق - وإن كان حفره أخيراً ، لأن من ملك ظاهر

(1) أحد : د ، أبدا : ي .

(2) وقال : د ، قال : ي .

(3) قال : د ، وقال : ي .

(4) أخرجه أحمد وابن ماجه من حديث ابن عباس ، ورواه مالك في الموطأ مرسلًا .

انظر فيض القدير 6/ 431 - 432 .

(5) انظر المدونة م : 6 - ج 15/ 189 .

(6) وعلم الأول : د ، وعلم المحيط الأول - بزيادة (المحيط) : ي .

الأرض ملك باطنها وليس تأخر حفره لاستغنائه يقطع حقه إلا أن يغرس الثاني فيتركه عالماً بمضرته عند الحاجة ، فليس له الحفر لإسقاط حقه ؛ وقد اختلف في هذا الأصل ، واختلف إذا جهل السابق : فعن مالك للحافر الأول المنع ، لأن الماء في يده ؛ ويحتمل أن يكون خط أولاً أو أباه أو بائه، فلا يتزع بالشك ؛ وعنه لا يمنع إذا لم تكن للثاني مندوحة عن الحفر هناك لعدم تعين الحوز ، وإلا منع لإمكان الجمع بين المصلحتين ؛ قال وأرى إن كان الماء إنما⁽¹⁾ يأتي من أرض الأول قدم، أو من أرض الثاني لم يمنع لأنه مأوه ؛ وكان⁽²⁾ يصل الأول لاستغنائه عنه ، فله أخذه عند الحاجة ؛ ولو أحدث بئراً للنجاسات فأضر بئر جاره ردفتا عليه اتفاقاً، لأن بلوغ النجاسة كبلوغ الدخان وغيره، ويترك لبئر الزرع ما يظن أن بئر الأول يسقيه ، فإن كان يعجز عنه ترك له ما لا يعجز عنه ؛ وإن كان الأول قطع تلك⁽³⁾ الغياض ترك ، وإن كان فوق ما يسقيه تلك العين صوتاً لتعبه عن الضياع ؛ فإن كان الماء كثيراً لا يقدر على عمارة ما يسقيه بذلك الماء ، ترك غير المعجوز عنه ؛ هذا كله أصل ابن القاسم في نفي الضرر من غير تحديد ، نظراً للمعنى ؛ وقال أبو مصعب حريم العادية خمسة وعشرون ذراعاً ، والبئر⁽⁴⁾ التي بيد صاحبها خمسون ، وبئر الزرع خمسمائة . وقال ابن نافع حريم البئر العادية خمسون ذراعاً، والتي ابتدئ عملها خمسة وعشرون ؛ وإن قطع غياضاً لا يستطيع حرثه ولا عمارة ترك له ، لأنه ملكه بالإحياء وله بيعه ؛ وحريم الشجر ما فيه مصلحتها وتفي ضررها ، وقد قيل اثنا عشر ذراعاً من نواحيها ، وإن كانت الشجرة الآخرة مثل الأولى ترك بينها نحو العشرين⁽⁵⁾ ذراعاً لتبعد العروق فلا

(1) كلمة (إنما) ساقطة في ي .

(2) وكان : د ، كان : ي .

(3) كلمة (تلك) ساقطة في ي .

(4) كلمة (والبئر) ساقطة في د .

(5) عشرين : د ، العشرين : ي .

يزدحان في السقي ، فإن خولف ذلك وأشركت العروق أو الفروع قطع ما وصل للأول في بطن الأرض وظهرها ؛ ولو بيعت نخلة واشترط حقوقها ⁽¹⁾ وفناءها ترك عشرة أذرع من جميع نواحيها ، وإذا أحييت للسكنى وأراد الثاني الإحياء للسكنى، فلك إبعاده عنك لئلا يكشفك، وقد قضى عمر رضي الله عنه في ذلك بمائة ذراع حيث لا تبين امرأته ولا يسمع كلامه ؛ قال وأرى أن يبعد أكثر من المائة ولا يضيق على النساء في تصرفهن .

فرع :

في الجواهر حريم الدار المحفوفة بالموات مرافقها العادية كطرح التراب ومصب الميزاب وموضع الاستطراق منها وإليها .

المانع الثالث : الإقطاع ، وفي الجواهر إذا قطع الإمام أرضاً لأحد كانت ملكاً له وإن لم يعمرها ولا عمل فيها شيئاً يبيع ويهب ويورث عنه ، لأنه تملك مجرد قاله ابن القاسم ؛ سواء في الفيافي أو ⁽²⁾ القرية ولا يطالبه الإمام بعمارها ، بخلاف الإحياء وقاله (ش)؛ قال اللخمي ان أقطعه أرضاً على عمارتها ، فله الهبة والبيع والصدقة ما لم ينظر في عجزه فيقطعها لغيره ؛ وظاهر المذهب ان الإقطاع لا يشترط ⁽³⁾ العمارة يوجب تركها له وإن عجز عن عمارتها ، لأنه عليه السلام أقطع بلال بن الحارث من العقيق ما يصلح للعمل فلم يعمل، فقال له عمر - رضي الله عنه - ان قويت على عمله فاعمله وإلا أقطعتك للناس ؛ فقال له انه - عليه السلام - قد أقطعتني إياه ، فقال له عمر رضي الله عنه انه - عليه السلام - قد اشترط عليك فيه شرطاً ؛ فأقطعه عمر رضي الله عنه للناس ولم يكن بلال عمل شيئاً ؛ قال صاحب البيان إذا أقطع أرضاً فأعرض عنها فبناها

(1) حقوقها : د ، حقها : ي .

(2) القرية : د ، أو القرية : ي - ولعلها أنسب .

(3) كذا في النسختين ، وكتب بهامش د : (بشرط - وفوقها : صح) .

غيره فهي للثاني ، وليس للعمال إقطاع إلا بإذن الإمام⁽¹⁾ ، لأنه كالإعطاء من بيت المال ؛ وإن أقطعه مواتاً طالبه بالإحياء ، فإن لم يفعل أو عجز عنه أقطعه غيره ؛ إذ ليس له أن يحجر الأرض عن نفعه ونفع غيره ، وهذا خلاف النقل المتقدم ؛ قال فإن تصدق بها بعد عجزه قبل نظر الإمام نفذت الصدقة ، لأن المقصود ألا تتعطل الأرض من النفع ، والمبتاع والموهوب له يحل البائع والواهب ؛ قال مالك لا يقطع الإمام من معمر الأرض العنوة ، لأنها وقف للمسلمين ؛ قال ابن القاسم إنما الإقطاع في أرض الموات وبين الخطط كأبنية الفسطاط ، قال وقال اللخمي إقطاعها جائز ، ولا يصح ذلك على مذهب مالك ؛ قال صاحب النوادر قال سحنون لا يكون الإقطاع في أراضي مصر ولا العراق ، لأن عمر - رضي الله عنه - وقفها للمسلمين ، وأراضي الصلح لأهلها الذين أسلموا على أرضهم من غير غلة ولا صلح يبقون فيها على حالة إسلامهم عليها بما هو معمر محدود فملك لربه ؛ وأما جبالهم وأوديتهم ومراعيهم فتقسم على الموارث ، ولا تملك حقيقة الملك ؛ وأما أراضي⁽²⁾ العرب فما لم يعرف بحي من أحيائهم فلمن أحياءه ، وما عرف بأحيائهم من بطون أوديتهم ومراعيهم وحازوها بالسكنى من غير زرع ولا غرس بل هي مراعي وعفاء ، فهي لا تملك ملك الموارث بل ملك الانتفاع ؛ وفيها كانت الأئمة تحمي وتقطع ، وما لم يحز بعمارة من أرض الصلح ، فهو لمن أحياءه ؛ وكذلك أرض العنوة، وأصل الإقطاعات ما تقدم ؛ وأقطع - عليه السلام - الزبير مسيرة عدو فرسه ، وأقطع الخلفاء بعده أبو بكر وعمر وعثمان .

المانع الرابع : التحجير ، وفي الجواهر فيه خلاف ، قال عبد الملك لا يحجر ما يضعف عنه ؛ فإن رأى الإمام لمن حجر قوة على العمارة للذي حجر إلى عامين أو

(1) انظر البيان والتحصيل لابن رشد ج 10 / 254 .

(2) كلمة (أراضي) ساقطة في د .

ثلاثة خلاه ، وإلا قطعه لغيره ؛ واستحسنه أشهب ، لأنه مروى عن عمر رضي الله عنه ؛ وعن أشهب لا يكون أولى لأجل التحجير إلا أن يعلم أنه حجره ليعمله إلى أيام يسيرة لا ليقطعه عن الناس ويعمله يوماً ما إلا أن يكون قصده العماره بعد زوال مانع من يبس الأرض ، أوله عمل على الأجر ونحو ذلك من الأعذار فهو أحق ؛ فإن حجر ما لا يقوى على عمله ، سوغ للناس ما لم يعمل إذا لم يقوَ على الباقي ، قال ابن القاسم لا يعرف مالك التحجير إحياء ولا ما قيل من حجر أرضاً ترك ثلاث سنين ، فإن أحيائها وإلا فهي لمن أحيائها ؛ وقال (ش) التحجير بالحائط والشراب ونحوهما يدل على أنه يريد الإحياء يصيره أحق به من غيره ، فإن تم الإحياء وإلا فلا شيء له ، لقوله - عليه السلام - من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به . وجوابه ان الأشياء المباحة لا تملك إلا بالأسباب المملكة لها وما دون ذلك من العلامات⁽¹⁾ الدالة على إرادة تحصيل السبب لا يمنع الغير من تحصيله ، كنصب الشباك للأسماك والطير ونحوهما لا يصير صاحبها أولى، والحديث محمول على من سبق بسبب شرعي ، وإلا انتقض بما ذكرناه .

فرع :

قال ابن يونس قال أشهب إذا حجر وشرع غيره في الإحياء فقام المحجر فها شريكان .

المانع الخامس : الحمى ، وفي الجواهر روى ابن وهب انه - عليه السلام - حمى النقيع لحليل المهاجرين وهو قدر ميل في ثمانية ، ثم زاد الولاة فيه بعد ذلك ؛ وحمى أبو بكر رضي الله عنه الربوة لما يحمل عليه في سبيل الله خمسة أميال في مثلها ، وحمى ذلك عمر رضي الله عنهم أجمعين لابل الصدقة يحمل عليها في سبيل الله تعالى ؛ وحمى أيضاً الشرف وهو حمى الربذة . وللإمام أن

(1) العلامات : د ، العلامات : ي .

يحمي إذا احتاج للحمي ، قال سحنون ولا حمية إنما تكون في بلاد الأعراب العفاء التي لا عمارة فيها في أطرافها حيث لا تضيق على ساكن ، وكذلك الأودية العفاء ؛ وكذلك تكون القطائع أيضاً ، وكذلك موات أرض الصلح والعنوة إذا لم تحز ولا جرى فيه ملك .

فائدة : قال الخطابي النقيع بالنون ، وصحفه كثير من المحدثين بالباء وإنما هو بالنون ، والذي بالباء بالمدينة: موضع القبور؛ ومعناه بالنون بطن من الأرض يتنقع فيه الماء ، فإذا تنصب أنبت الكلاً ؛ ومنه حديث أبي داود جمع أسعد الجمعة في نقيع يقال له نقيع الخضات^(١) .

البحث الثالث : في أحكام الإحياء،

في الكتاب^(٢) في معنى قوله - عليه السلام - من أحيا أرضاً ميتة فهي له إنما ذلك في الصحاري، وأما ما^(٣) قرب من المعمورة ويتشاح^(٤) الناس فيه لا يحيا إلا بقطيعة من^(٥) الإمام^(٦) ، نقياً للتشاجر بتزاحم الدواخل^(٧) عليه كما فعله - عليه السلام - في المعادن . قال ابن يونس قيل يحيا بغير إذن الإمام لعموم الحديث ، وقال عبد الملك لا يحيا أحد إلا بإذن الإمام مطلقاً ، غير أن من أحيا في البعيد عن العمارة الذي لا تعلق للعمارة به فهو له ، أو في القريب نظيره^(٨) الإمام إما أبقيه أو أقطعه غيره أو يبقيه للمسلمين ويعطيه قيمة ما عمر منقوضاً وقاله ابن القاسم

(1) انظر سنن أبي داود ج 1 / 246 .

(2) جملة (في الكتاب) ساقطة في د .

(3) وأما قريب : د ، وأما ما قرب : ي - وهي أنسب .

(4) وتشاحا : د ، ويتشاح : ي .

(5) كلمة (من) ساقطة في ي .

(6) المدونة : م 6 / 195 .

(7) اللواعي د ، الدواخل : ي - ولعلها أنسب .

(8) كلمة (فيه) ساقطة في د .

ومالك ؛ وقال أصبغ لا يحصى القريب إلا بإذن الإمام ، فإن فعل أمضيته ؛ قال سحنون وحد القريب ما تلحقه المواشي والاحتطاب ، بخلاف اليوم ونحوه فيصير فيها ثلاثة أقوال : القريب والبعيد بغير إذن الإمام لا يحيهما إلا بإذنه، التفرقة ، وبالأول قال⁽¹⁾ (ش) ، وبالثاني قال (ح) ؛ والمسئلة مبنية على قاعدة وهو أنه - عليه السلام - له أن يتصرف بطريق الإمامة ، لأنه الإمام الأعظم، وبطريق القضاء ، لأنه القاضي الأحكم ؛ وبطريق الفتيا ، لأنه المفتي الأعلم ؛ ويتفق العلماء في بعض التصرفات وإضافته إلى أحد هذه العبارات ، ويختلفون في بعضها كقوله - عليه السلام - لهند بنت عتبة امرأة أبي سفيان لما شكته له بالبخل:- خذي لك ولولدك ما يكفيك بالمعروف⁽²⁾ . قال مالك و (ش) وجماعة هذا تصرف بالفتيا ، لأنه الغالب على تصرفه التبليغ ؛ فن ظفر بحقه من خصمه العاجز عنه أخذه من غير علمه ، ويؤكد انه لم يلزمها بإثبات دعواها ولا بإحضار خصمها ؛ ولو كان تصرف بالإمامة ، أو بالقضاء ، لتعين ذلك ؛ وقال قوم هذا تصرف بالقضاء، فلا يأخذ أحد من مال خصمه شيئاً إلا بإذن القاضي ، لأنه - عليه السلام - إنما تصرف في تلك الواقعة بالقضاء ؛ وكقوله - عليه السلام - من قتل قتيلاً فله سلبه⁽³⁾ . قال (ش) هذا تصرف بالفتيا، لأنه غالب تصرفه ؛ وقال مالك هذا تصرف بالإمامة، فلا يستحق أحد سلباً إلا بإذن الإمام ، وخالف أصله السابق لما تقدم تقريره في الجهاد ؛ وكذلك اختلف ههنا والقائلون بأنه بالفتيا، منهم من راعى قواعد مصلحته يفرق بين ما فيه ضرر وما لا⁽⁴⁾ ضرر فيه ، ومنهم من لم يراع ذلك فهذا الباب فقه هذه المسئلة ؛ ثم تأكد

(1) والأول قال به : د ، وبالأول قال : ي - وهي أنسب .

(2) أخرجه الجماعة الا الترمذي ، انظر متني الأخبار بشرح نيل الأوطار للشوكاني 6/ 342 -

343 .

(3) حديث متفق عليه ، انظر فيض القدير 6/ 193 .

(4) وما لا : د ، وبين ما لا : ي .

مذهب (ش) بالقياس على البيع، وسائر أسباب الملك لا يفتقر إلى إذن الإمام .
وتؤكد مذهب الخنفي بالقياس على الأخذ من مال بيت المال ، وبالقياس على
الغنائم ، ولأنه محمل اجتهاد فافتقر للإمام كاللعان وضرب الآجال ؛ ولظاهر قوله
- عليه السلام - ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه . والجواب ⁽¹⁾ عن
الأول انه مملوك قبل الأخذ ، فافتقر إلى إذن ؛ وعن الثاني انه يفتقر إلى إخراج
الخمس وتقرير حقوق الغانمين من فارس وراجل ، بخلاف الاحياء ؛ وعن
الثالث لا نسلم ⁽²⁾ انه محل اجتهاد بل الاحياء محمول على العادة ، وعن الرابع أنه
- عليه السلام - إمام الأمة وقد طابت نفسه بالملك لتصريحه بذلك .

فرع :

قال اللخمي إذا عمر بقرب العارة أرى أن ينظر فيه هل يضر بالناس في
ضيق المرعى والسكن ، أو هو شرير يخشى من شره هناك ، أو هو مستغنى عنه
وغيره محتاج إليه فيمنع ؛ أو هو بعيد لا يضيق ، والإحياء للزرع دون البناء
ترك ؛ قال ولو قيل إذا أخرج أعطي قيمة بنائه قائماً لكان وجهاً ، لأنه بنى
بشبهة فقد أمضاه أشهب ؛ قال سحنون سواء كانت أرض صلح أو عنوة أو أسلم
أهلها عليها ينظر في القريب والبعيد ، لأن العفاء البعيد خارج عما ينعقد عليه
الصلح والاسلام ، لعدم النفع به حينئذ .

فرع :

قال أجاز ابن القاسم إحياء الذمي وقاله (ح)، لعموم الحديث إلا في جزيرة
العرب ، لقوله - عليه السلام - لا يبقين دينان في جزيرة العرب ⁽³⁾ . قال

(1) والجواب : د ، الجواب : ي .

(2) نسلم : د ، يسلم : ي .

(3) طرف من حديث أخرجه مالك في الموطأ : قاتل الله اليهود والنصارى اتخنوا قبور أنبيائهم
مساجد . . . ص 653 - 654 . وانظر التمهيد لابن عبد البرج 1/ 165 .

مالك وجزيرة العرب : الحجاز ومكة والمدينة واليمن ، قال عبد الملك : فإن فعل أعطي قيمة عمارته وأخرج، وما عمره في قرب العمارة أخرج وأعطى قيمته منقوضاً ، إذ ليس للإمام أن يقطعه إياه . وقال ابن القصار ولا يجوز للإمام أن يأذن له في الإحياء مطلقاً - وقاله (ش) ، لأن الموات من حقوق الدار وهي دار إسلام ؛ وقسنا على الصيد والبيع ونحوها ، ففرقوا بأن الصيد يخلف فلا يضر بالمسلمين، والأرض لا تخلف؛ والبيع يقع برضى البائع، ولم يرض الناس ههنا؛ قال صاحب النكت إذا عمر فيما قرب من العمارة ، قال عبد الملك ينظر فيه الإمام : فإن أقره ، وإلا أعطاه قيمته - مقلوعاً ؛ وقال أصبغ لا يفعل فيما قرب إلا بإذن الإمام، فإن فعل أمضيته ؛ وقال عبد الملك المالك يمنع فيما قرب ، وإذا أذن له الإمام أعطي قيمته ونزع منه ، لأن ما قرب كالقبيء ولا حق لذمي فيه .

النظر الثاني : فيما يستفاد من الأرض من المعادن والمياه وغيرها ودفع الضرر ، وفي الجواهر المعادن التي فيها الزكاة هي لمن ظهرت في ملكه عند مالك ، لأنه من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها، وللإمام يرى فيها رأيه يعطيها لمن شاء عند ابن القاسم لأجل الزكاة ؛ وما ظهر فيما هو لجماعة المسلمين كالبراري من أرض العرب والعنوة أقطعه الإمام مدة محدودة أو غير محدودة ولا يملك رقبته ، كما يقطع أرض العنوة ؛ وما ظهر منها في أرض الصلح أقطعه الإمام ، لأن الصلح إنما يتناول المعلوم ، قاله ابن حبيب ومن لقيه من أصحاب مالك ؛ وهي هنا لأهل الصلح عند ابن القاسم بناء على أنه تناولها الصلح ، إذ لا يشترط معرفة كل ما يصلح عليه على التفصيل اتفاقاً ؛ وما لا زكاة فيه كالنحاس أقطعه الإمام عند ابن القاسم ، لأنه مال لم يتعين مالكة ؛ وقال سحنون لا يليها الإمام كالعنبر وجملته ما يخرج من البحر ، ولعدم الزكاة فيها ؛ وقال (ش) المعادن الظاهرة كالملح والقار لا يقطعها الإمام ، لأنها كالماء ، والباطنة يقطعها .

فرع

قال صاحب البيان اذا أقطعت المعدن فتركته وغبت عنه أو طال عملك فيه وانتفاعك به ، فلإمام أن يقطعه غيرك ؛ إلا أن يقطعك حياتك أو مدة معلومة⁽¹⁾ فلا حتى يموت أو تنقضي المدة؛ لأنك ملكك ذلك لحكمه لك به، ولا يقطعه في السفر القريب لأنه في معنى الإقامة⁽²⁾ .

فرع

في الجواهر المياه ثلاثة أقسام : خاص محرز في الأواني والآبار المحتفزة في الأملاك فهي كسائر الأملاك وقاله (ش)، وعام منفك عن الاختصاص وهو ضربان: الضرب الأول: ما طريقه مباحة كالجاري من الجبل وبطون الأودية فيسقى به الأعلى فالأعلى؛ قال عبد الملك يرسل الأعلى جميع الماء في حائطه حتى يبلغ كعب من يقوم فيه فيغلق مدخل الماء وقاله (ش)، لما في الموطأ قال عليه السلام في سبيل مهزور ومذنب : يمسك حتى⁽³⁾ الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل⁽⁴⁾ وهما اسماء وادين بالمدينة ؛ ولما روي أن الزبير ورجلاً تنازعا في شراج بكسر الشين المنقوطة والراء المهملة وأحدهما شرج بالاسكان وهو مجرى الماء من الجدار إلى السهل ، وأصله مجتمع الشيء ، ومنه سمي الدبر شرجاً والمجرة شرج السماء ، والحره أرض مليئة بالحجارة سودها ؛ فقال الأنصاري للزبير سرح بالسين المهملة الماء أي أرسله ، فأبى الزبير فاختصا إليه عليه السلام ؛ فقال عليه السلام للزبير اسق أرضك ثم أرسل الماء إلى جارك ، فقال الأنصاري أن كان ابن عمك ، فتلون

(1) معلومة : د ، معينة : ي .

(2) انظر البيان والتحصيل لابن رشد 259 / 10 .

(3) حتى الكعبين : د ، حتى يبلغ الكعبين - بزيادة (يبلغ) : ي - والرواية على ما في نسخة د .

(4) انظر الموطأ ص 528 - حديث (1423) .

وجهه عليه السلام فقال يا زبير اسق أرضك وأمسك⁽¹⁾ الماء حتى يبلغ الجدر⁽²⁾ بفتح الجيم وتسكين الدال المهملة .

فوائد: أمر عليه السلام قريه بالمساحة، فلما لم يقع لها موقع عند خصمه، أمر قريه باستيفاء حقه لئلا يضيع غبناً. قال الجوهرى الجدر والجدار الحائط، وجمع الجدار جدر والجدر جدران كبطن وبطنان، والجذر بالذال المعجمة الأصل بفتح الجيم⁽³⁾ وكسرهما؛ وإذا وصل الماء الجذر فقد وصل الكعبين، وقال ابن كنانة بلغنا أنه إذا سقي بالسيل الزرع أمسك حتى يبلغ النعل، وفي النخل والشجر حتى يبلغ الكعبين، وأمسكه في الجميع إلى الكعبين أحب إلينا، لأنه أبلغ في الري. وقال ابن وهب أمسك الأول بقدر حائطه من الكعبين إلى الأسفل ثم يرسل، وعن مالك إذا وصل إلى الكعبين وروى، أرسله كله لحصول المقصود؛ وقال سحنون: فإن اختلفا بالانخفاض والارتفاع، أمر صاحبه بتسويته؛ فإن تعذر سقي كل مكان على حدته هنا⁽⁴⁾ إذا لم يكن احيا الأسفل قبل الأعلى، فلو أحياه للأسفل ثم أراد غيره يحيا لينفرد بالماء وذلك يفسد عليه، منع نفياً للضرر؛ قال⁽⁵⁾ صاحب البيان قاله ابن القاسم. وجوزه أصبغ- وإن لم يكن في الماء فضل، لعموم قوله عليه السلام أمسك الأعلى حتى يبلغ الكعبين؛ وفي الجواهر قال سحنون ويقدم أقدم الموضعين لتقدم استحقاقه، فإن كانا متقابلين، قال سحنون يقسم الماء بينهما لتساويهما في الاستحقاق؛ فإن قابل الأسفل بعض الأعلى، حكم للمقابل بحكم الأعلى وللآخر بحكمه.

(1) وأمسك : د ، واحبس : ي .

(2) أخرجه الجماعة .

(3) الذال : د ، الجيم : ي - وهي أنسب .

(4) كلمة (هَذَا) ساقطة في د .

(5) قال : د ، وقال : ي .

الضرب الثاني: مجراه أرض مملوكة فهو للمالكها ويمنعه إن شاء، فإن تعدد المالك كجماعة حفرُوا نهراً يحملونه إلى أرضهم أو في أرضهم⁽¹⁾، قسموه على قدر أملاكهم بالقلد وقاله (ش) ولا يقدم أحد على أحد؛ وصفة القلد تخرق قدراً في أسفلها وتملاً بالماء وتكون قدر أقلهم نصيباً مقداراً، يجري ماؤه على ذلك الخرق فينتفع بالماء كله إلى أن يفنى ماء القدر ويملاً لهم بقدر حصصهم؛ أو تثقب خشبة ثقباً يجري منها الماء يأخذ كل واحد بقسطه ويعمل في ذلك من الطرق ما جرت به العوائد؛ والقصد حصول العدل. والقسم الثالث متردد بين العموم والخصوص وهو بئر الفياضي والبوادي للماشية، لا يباع ولا يورث بل حافرها أحق بمائها هو وورثته؛ قال عبد الملك ولاحظ فيها للزوج ولا⁽²⁾ الزوجة لأنها إنما يقصد بحفرها في العادة الخلف اللازم والزوجية عارض غير محقق، وما فضل لا يمنع؛ لأن العادة الصدقة بالفاضل حملاً للحفر على الغالب، فإن أشهد أنه يريد التملك، قال القاضي أبو الوليد لم أر فيه نصاً، والظاهر أنه ملكه كمن أحيا في القرب⁽³⁾ أو البعد.

فروع

قال صاحب المقدمات إذا تشاح أهل البئر في التبدئة، قال عبد الملك إن كانت عادة حملوا عليها وإلا استهموا؛ قال وذلك عندي إذا استوى قعددهم من حافرها وإلا فالأقرب إليه أحق، ولا حق فيها للزوجين إذا لم يكونا من ذلك البطن⁽⁴⁾.

فروع

قال والماجل والجب كالبئر عند مالك في عدم منع الناس من فضله، وقال

(1) جملة (وفي أرضهم) ساقطة في د.

(2) والزوجة: د، ولا لزوجة: ي - ولعلها أنسب.

(3) القرب أو البعد: د، القرب والبعد: ي.

(4) انظر ج- 299/2.

المغيرة له في الجب العظيم نفقته وليس مأوه يخلف كالبر⁽¹⁾ .

فرع

قال قال مالك يبدأ أهل الماء حتى يرووا ، ثم المارة حتى يرووا ، ثم دواب
أهل الماء حتى تروى؛ ثم دواب المارة حتى تروى ، ثم مواشي أهل الماء حتى
تروى ، ثم الفضل لمواشي الناس . وبدأ أشهب بدواب المسافرين على دواب
أهل الماء لفرط الحاجة تبعثها للسفر ، فإن ضاق الماء بدىء من أضربه تبدئة
صاحبه أكثر بنفسه ودوابه؛ فان استروا في الضرر، سوي بينهم عند أشهب؛ وقدم
أهل الماء عند ابن لبابة بأنفسهم ودوابهم نظراً لتقدم الاستحقاق، واستحقاق الماء
ضعيف في أصله فيطرح عند الضرر ؛ فان قل الماء جداً وخيف الهلاك بالتبدئة،
بدىء بنفس أهل الماء بقدر ما يذهب الخوف ؛ ثم المسافرين كذلك ، ثم دواب
أهل الماء كذلك ، ثم دواب المسافرين كذلك ؛ وروى ابن وهب أنه عليه
السلام قال لا يقطع طريق ولا يمنع فضل ، ولا بن السبيل عارية الدلو والرشاء
والحوض ان لم يكن له اداة تعينه ويحلى بينه الركبة؛ وأهدر عمر رضي الله عنه
جراحات أهل الماء وأغرمهم جراحات ابن السبيل حين اقتتلوا عليه، وقال أبناء
السبيل أولى بالماء من أبناء الساقى⁽²⁾ حتى يرووا .

فرع

قال هل لأصحاب الأخشاب التي تجري في الأنهار جرها وإن أخرجت
سداد السمك قولان⁽³⁾ .

فرع

في البيان قال ابن القاسم إذا جرى فضل مالك في أرض آخر فغرس آخر

(1) المصدر السابق .

(2) الساقى : د ، الماء : ي .

(3) جملة (في البيان) ساقطة في ي .

عليه ليس لك منع الفضل بعد ذلك ولا يبيعه لتعلق حقه بالغرس . إلا أن يخفر
بثرائفسه، ويجري فيه ⁽¹⁾ الخلاف هل السكوت إذن أم لا ؟ وإن كنت لم تعلم فلك
بيعه له إن كان له بغير الا على قول من منع بيع الماء مطلقاً، فإن لم يكن له ثمن
قضي له به بغير ثمن ⁽²⁾ .

فرع

في الجواهر قال أشهب يمنع من بيع الحطب النابت في ملكه ، وقال (ح)
لقوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلاء ⁽³⁾ وقياساً على الماء
الذي يجريه الله تعالى على ظهر الأرض، وقياساً على ما يفرخ في أرضه من الطير ألا
يجره ويحمله فيبيعه ؛ وقال مطرف يبيع ما في مروجه وحماه مما يملك من الأرض،
وما سواه لا يجوز بيعه وقاله (ش) قياساً على صوف غنمه . قال ابن يونس
الذي يمنعه ويبيعه من الخصب وإن لم يحتج إليه ما في حماه ومروجه ، وأما ما في
أوديته وفحوص أرضه فيجبر على إباحته إن استغنى عنه ، إلا أن تضربه بإباحته في
زرع حوله؛ وإذا أوقف أرضه للكلاء، فله منعه عند ابن القاسم، لأنه قد منع
نفسه منافعها منها ؛ وإن لم يوقفها فهو أحق به ، ولا يمنعه ولا يبيعه قاله ابن
القاسم وأشهب ؛ وقال عبد الملك الكل سواء وله المنع . قال صاحب البيان
الأرض المملوكة أربعة أقسام : محظرة بمحائط فله المنع والبيع احتاج إليه أم لا
اتفاقاً ، ومروج القرية وعفاؤها لا تمنع ولا تباع اتفاقاً ، إلا أن يؤذيه دخول الناس
إليه ؛ وأرض ترك زراعتها لبرعاها قيل يمنعه إن احتاج إليه ويبيعه إن لم يحتج

(1) فيه : د ، فيها : ي .

(2) انظر البيان والتحصيل 261 / 10 .

(3) لفظ الحديث : ثلاث لا يمنعن : الماء والكلاء والنار ، أخرجه ابن ماجه من حديث أبي

هريرة .

انظر فيهم التفسير 3 / 312 - 313 .

إليه ؛ وقيل يجبر على تخليته للناس ؛ وقال أشهب له المنع ان احتاج إليه دون البيع وفحوص أرضه التي لم يورها، له المنع عند ابن القاسم وأشهب ان احتاج إليه ، ويبيعه ان لم يحتج إليه وعن أشهب لا يبيع⁽¹⁾ .

فرع

قال صاحب البيان إذا قدم اثنان إلى الكلاً المباح فهما سواء، فان سبق أحدهما فترله وجعل يرعى ما حوله أو حفر فيه بئراً ؛ قال ابن القاسم هو أسوة للناس لعدم الحوز ، وقال أشهب هو أحق بمقدار حاجته لسبقه ان⁽²⁾ انتجع إليه وقصده من بعد ، وقال المغيرة ان حفر بئراً فهو أحق وإلا فلا⁽³⁾ .

فرع

في الكتاب إذا عجز المسافر عن القتال حتى مات، فعلى صاحب البئر ديته وعليه الكفارة عن كل نفس والأدب⁽⁴⁾ لقوله عليه السلام في الموطأ لا يمنع فضل الماء يمنع به الكلاً⁽⁵⁾ . قال ابن يونس لم ير ابن القاسم أخذ الماء بغير ثمن ، بخلاف الذي انهارت بثره مع أن النفس أعظم ؛ قال والأولى في الموضعين الثمن جمعاً بين المصالح، وقاله أشهب في المنهار والبئر؛ قال بعض القرويين إنما كانت الدية على عواقل أرباب الماء⁽⁶⁾، لأنهم تأولوا ان لهم منع مائهم ، لأنه أمر يخفى على الناس، فلم يتحقق العدوان والا أمكن ان يقتلوه .

فرع

قال ابن يونس إذا حرث جارك على غير ماء، فلك منعه فضل ماء بترك الإلثمن

(1) انظر البيان والتحصيل لابن رشد 246 / 10 - 247 .

(2) ان : د ، وان : ي .

(3) انظر البيان والتحصيل 245 / 10 .

(4) انظر المدونة : م 6 - ج 15 / 190 .

(5) انظر الموطأ ص : 528 - حديث (1424) .

(6) كلمة (الماء) ساقة في د والمعنى يقتضيها .

ان شئت ، لأنه مغرر ، بخلاف الحارث على البئر فتثور له فضل مائك ؛ فان لم يكن فضل ، فلا شيء له ؛ واختلف في قوله عليه السلام لا يمنع فضل الماء ، قيل هو إذا انهارت بئر جارك كما تقدم ، وقيل البئر بين الشريكين يسقي هذا يوما ، فيسقي أحدهما في بعض يومه نخله ، فانه يعطي البقية لشريكه ولا يمنعه ما لا ينتفع به ؛ وليس للذي انهارت بئر تآخير الإصلاح اتكالا عليك ؛ فإن فعل ، لم يلزمك دفعه ؛ وان كان نخله لا يملك ثمرة لا يلزمك أيضاً ؛ فيكون لوجوب الدفع أربعة شروط : أن يبنى على بئر ، وأن يخشى الهلاك على تقدير عدم الدفع ، وأن يفضل عنك ، وأن يشرع في عمارة بئر ؛ وحكى البوني في شرح الموطأ عن مالك قولين في وجوب الثمن للماء على الذي انهارت بئر كالمضطر للطعام .

فروع

قال الآبار ثلاث: بئر ماشية وشفة وزرع ، وصاحب الجميع أحق بحاجته ؛ ثم ان جعل الفضل صدقة جعلت في تلك الجهة ، وإلا كان في منعه المحتاج قولان - نظراً للمالك العادة ⁽¹⁾ ، أو لأن الأصل عدم التبرع ، فان جعله للصدقة فاحتاج ⁽²⁾ إليه رجل لزرعه وآخر لماشيته ، بدىء باحوجهما؛ فإن استويا؛ اقتسما ؛ وان جعل الفضل لأهل الماشية ، بدىء بها ؛ فان فضل شيء أخذه أهل الزرع ؛ وقال عبد الملك في بئر الماشية ان تساوا فالقرعة ، قال وأرى ان يقسم بينهم ؛ وكذلك في الزرع ويدفع كل نصف ⁽³⁾ ضرورته ، فان كان لأحدهما مائة شاة ولآخر مائتان اقتسماه نصفين ، لأن الماء لو سلم لصاحب المائتين هلكت مائة؛ فالمائة

(1) كلمة (المالك) ساقطة في د .

(2) فاحتاج : د ، واحتاج : ي .

(3) صنف : د ، نصف : ي - ولعلها أنسب .

هالكة بكل حال وكذلك الزرع ، لأن نصف الزرع للكثير هالك جزؤها؟ وان كان يكفي زرع أحدهما ونصف الآخر اقتسماه أثلاثاً؟ وإذا لم يكن فضل الماء على وجه الصدقة وشأنهم بيع المياه⁽¹⁾ فله منعه وبيعه ، إلا ان انهارت البئر فيقضى لربها بالثمن؛ فان لم تكن العادة البيع في منعه لمالك قولان وعدم المنع في الفضل أحسن تكثيراً للمعروف، إلا ان يخشى من طول المدة ادعاء الملكية؛ ويقدم المسافرون على الماشية ان كانوا على ظهر، لأن الماء يخلف بعد ذلك؛ فان كانوا نازلين قدمت الماشية ان اضربها بتدقة المسافرين لقدرة الآدمي على التحيل بخلافها ؛ وان كان لا فضل فيه، منع المسافرون منه وان أضرب شربهم بالزرع منعوا ؛ لأن الأصل استحقاق البئر للماشية والزرع ، وإنما لغيرهما الفضل ؛ فان خيف على المسافرين من ردهم إلى غيره، لم يمنعوا ان فضل عن⁽²⁾ شرب أهل الموضع ؛ وإنما يحتاجونه للماشية أو الزرع ونفاسة الآدمي عند تعيين الهلاك، فإن نقصت الماشية أو الزرع ضمنوا النقص كضمان المضطر للطعام؛ وإن كان فيه فضل وصرف المسافرون إلى غيره هلكوا، لهم أخذه بالثمن ان كان شأنها البيع وان كرهوا ؛ وان لم يكن معهم ثمن وهم فقراء ، اختلف هل يتبعوا إذا اسروا قياساً على من وجبت مواساته لفقره ؛ وان كانوا ميسرين في بلادهم اتبعوا ، فان امتنعوا من دفعه⁽³⁾ أجاز ابن القاسم قتالهم لمنعهم الواجب ؛ وكرهه أشهب ، لأن أحد العاملين⁽⁴⁾ لازم فلا يشرع القتال كالصيال.

فرع

في الكتاب الناس أولى بفضل بئر الماشية وصاحب بئر الزرع أولى بفضله،

(1) المياه : د ، الماء : ي .

(2) عن : د ، على : ي .

(3) دفعها : د ، دفعه : ي - ولعلها أنسب .

(4) الغنيتين : د ، العاملين : ي .

لأن القصد فيه للتمليك⁽¹⁾ أكد⁽²⁾).

فروع

في الكتاب يجوز شراء شرب يوم أو يومين من عين أو بئر دون الأصل ،
وشراء أصل شرب يوماً أو يومين من النهر ؛ لأنه معلوم عادة ولا شفعة في ذلك
إذا كانت الأرض قد قسمت ، فان لم تقسم وباع أحدهما نصيبه من الماء دون
الأرض أو من الأرض دون الماء ، فلا شفعة ؛ وإنما الشفعة في الماء إذا لم تقسم
الأرض تبعاً لها ، لأنه قد يجري مجرى المكيل والموزون لا شفعة فيه⁽³⁾ .

فائدة : قال صاحب النكت يروى نقع بئر ورهوبئر وهو الماء الواقف الذي
لا يسقى عليه أو يسقى وفيه فضل ، ومنه قوله تعالى ﴿واترك البحر رهوا﴾⁽⁴⁾ .
والماشية إذ لم تشرب الماء لا تأكل الكلاً ، فصار منع الماء منع الكلاً ؛ قال صاحب
التهيئات نقع البئر بالقاف الساكنة بعد النون المفتوحة هو المعروف ، وروى بالفاء
وهو تصحيف ، وهو كل ما استقر فيها ؛ وقيل أصل مائها ، وقيل الجار تنهار بئرته ولا
يمنعه فضله لحياء زرعه ؛ وقيل البئر بين الشريكين يبقى من نصيبه شيء ليس له
منعه من شريكه ، وقيل الموضع الذي يلقي فيه ما يكس من البئر ، وقيل مخرج
سبل الماء ؛ والثلاثة الأول أصح ، لقوله في الحديث الآخر لا يمنع فضل الماء
ليمنع به الكلاً⁽⁵⁾ ، وحمل بعض العلماء هذه الأحاديث على منع بيع الماء على
العموم ، ونحوه في العتية ؛ والكلاً مقصور مهموز مفتوح الكاف : العشب وما
تنبت الأرض مما تأكله المواشي .

(1) للتمليك : د ، للملك : ي .

(2) المدونة : م 6 - ج 15 / 191 .

(3) المصدر السابق : م 6 - ج 15 / 192 .

(4) الآية : 24 من سورة الدخان .

(5) مر تخريجه في رقم (74) .

فرع

في الكتاب لك أرض بين أرضه، لك منع جرى الماء في أرضك من أرضه لأرضه؛ وكذلك لو كان له مجرى ماء في أرضك فأراد تحويله إلى موضع أقرب، لأنك مالك للمنافع أرضك فلا يتصرف فيها إلا برضاك.⁽¹⁾ قال ابن يونس وعن مالك له أن يجري في أرضك، لأنه مروي عن عمر رضي الله عنه، وعلى هذا يجوز له التحويل لمكان أقرب؛ قال اللخمي إذا أراد تحويله لموضع لا يضر أو أردت ذلك، فعن مالك روايتان في المنع، وعنه جواز التحويل دون انشاء المجرى حذراً من التحويل؛ وعن أشهب إن أحيت بعده بين بثره وأرضه له إجراء الماء في أرضك، لأنك منعتة حقه وإلا فلا.

فرع

في الكتاب لا يمنع⁽²⁾ من الصيد في البئر التي في أرضك من مكارم الأخلاق، ولا تبيع سمكة سنة لأنه يقل ويكثر⁽³⁾؛ ولك بيع الخصب من أرضك ممن يرعاه عامه ذلك بعد نباته، ولا تبيعه عامين للغرر⁽⁴⁾. قال ابن يونس قال سحنون لك منع الصيد، لأنه في ملكك وحوزك؛ وقال أشهب إن طرحتها فولدت⁽⁵⁾ فلك منعها لأنها من مالك وإلا فلا؛ قال التونسي لو وقف غديراً في أرضه للحرث فهو أحق به، لأنه منع نفسه منافعه؛ وسحنون يجوز بيع حيتان الغدر مطلقاً ولا يراعى أرضه، لأنها في حوزة وملكه؛ قال عبداً للملك

(1) المدونة : م 6 - ج 15 / 192 - 193 .

(2) اضطربت نسخة (ي) فقدمت هنا (فرع في الكتاب : إذا انهارت البئر أو العين) ، ثم أعادته في آخر الباب واقتصرت على سطور منه ، بينما نسخة د قدمت فرع منع الصيد في البرك وأخرت فرع انهيار البئر إلى هناك - ولعلها الصواب .

(3) المدونة : م 6 - ج 15 / 195 .

(4) المصدر السابق .

(5) فولدت : د ، وولدت : ي .

في مصائد الحيتان فيما هو في أرضهم ، وإلا فلا ؛ ولو عملوا مصائد من خشب ليس لهم الحجر على الناس، لكن يبدؤون ثم الناس بعدهم؛ قال صاحب البيان ليس لأحد الجماعة على النهر ان ينصب ما يمنع الحيتان عن غيره، وليس هذا مما يستحق بالتقدم ، لأنه متكرر ؛ فان كان النصب إذا قلع ليس له قيمة ، خيروا بين أمره بالقلع والشركة فيه ، وإلا خيروا بين إعطائه قيمته مقلوعاً أو الشركة فيه⁽¹⁾ .

فرع

قال صاحب البيان إذا كان في القرية غامر فأرادوا خرقه ويتنفعون به، قال ابن القاسم يقسمونه على قدر سهامهم إن ادعوه لأصل القرية لتتبع⁽²⁾ الأجزاء كما تبعت الجملة الجملة ؛ وعلى عدد الرؤوس ان ادعاه كل واحد لنفسه بعد أيمانهم ، كسلعة ادعاه اثنان⁽³⁾ وكساحة الدار ذات البيوت ؛ هذا إذا كان داخل القرية، ولا يجوز للإمام اقطاعه ، لتعلق حقهم به ؛ قال أصبغ هذا إذا اجتمع جلهم، أو من عليه عماد أمرهم ؛ والمشهور كفاية طلب بعضهم ، كالعرصة المشتركة ؛ وان كان خارج القرية ، فعن مالك وابن القاسم هو كالذي داخلها؛ وقال أشهب لا يقسم وان اتفقوا لما فيه من الرفق لعامة المسلمين بالاحتطاب والرعي ، الا أن يثبت أنه من خير قريتهم ، فيقسم على ما تقدم ؛ فان كان بين قريتين شرقية وغربية أو شمالية وجنوبية، جرى على الخلاف في جواز قسمته ؛ غير أنه لا يقسم بالسهم بل يعدل بالقيمة ويجعل⁽⁴⁾ نصيب كل قرية مما يليها نفياً للضرر ، وبدخول بعضهم على بعض؛ قال ابن حبيب الشعاري المتوسطة بين

(1) انظر البيان والتحصيل ج 10 / 278 .

(2) لتتبع : د ، امتنع : ي .

(3) انسان : د ، اثنان : ي - ولعلها أنسب .

(4) ويجعل : د ، ويحصل : ي .

القرى لا تجري مجرى الموات⁽¹⁾ ، يقطعها الإمام لتعلق حقوقهم بها إنما الموات العفاء وما لا يتناوله مواشيه؛ وجوز الفضل إقطاع ما قرب من القرى، فإن كان الغامر حذاء القريتين ليس بينهما، فعلى الخلاف في جواز القسمة ؛ وإذا قلنا بها ، فلا يقسم بالسهم ، بل يعدل⁽²⁾ لكل قرية ما هو جارها⁽³⁾ ؛ ولا خلاف أن الفحص العظيم يرعى فيه الناس ويحفظون لا يقسمه أهل المنازل المحيطة به ولا أن يرتدوا إلى غامرهم منه فيملكوه ، لضرر ذلك بالناس ؛ وإنما الخلاف فيما شأنه أن يكون من حيز المنازل . وفي النواذر قرية فيها ذميون ومسلمون ولها بور ، قال ابن كنانة : ان كانت عنوة فالبور للمسلمين ، لأن أهل الذمة لا حق لهم في العنوة . قال سحنون هذا في بور ملكه أهل العنوة وحومه ، قال ابن كنانة فإن كانوا صلحاء، فالبور لأهل الذمة؛ إلا أن يحوزه المسلمون عنهم الزمان الطويل ، لأن عقدة الصلح يتناول الأرض وحريمها؛ فإن قال أهل الذمة نحن أحق بالشعراء لانا على صلح والمسلمون على عنوة ، قال عبد الملك لأهل الصلح مع الشعراء ما يليهم بقدر ملكهم مع القرية ، ولا شيء لهم فيما بعد منها ؛ وما يلي المسلمين فلجاعتهم إذا لم يوقفوه - كما فعل عمر رضي الله عنه لمصر والعراق بقدر ملكهم من القرية مما قرب ، لأنه من حقوق القرى ، وما بعد موات ؛ والصلح والعنوة إنما يدخلان في المعمور وحريمه ، فإن⁽⁴⁾ جهلت القرية أصلح أم عنوة وفيها المسلم والذمي والوارث وغيره - وكل يدعى الشعراء لنفسه أو بعضها ، قسمت على عددهم من الذكر والانثى والصغير والكبير ممن بلغ أن يكون له كسب لتساوي دعاويهم ؛ قال ابن القاسم إذا خرج أحد أهل القرية فبنى في أرض خارجها

(1) ولا : د ، فلا : ي - ولعلها أنسب .

(2) يعدل : د ، يقسم : ي .

(3) جارها : د ، خارج منها : ي ، والذي في البيان : (حذاء غامرها) : انظر ج

. 298 - 294 /10

(4) فإن : د ، وان : ي .

بأميال وسكن ، وبين موضعه وبين القرية شعراء كان هو وأهل القرية يرعون فيها فتشاحوا ؛ فالشعراء للقرية ، ولا أقسم له منها شيئاً ، لأنها من حريم القرية وقد أعرض عن القرية فبطل حقه من حريمها .

فرع

قال صاحب النوادر قال ^(١) ابن القاسم خربة بين القرى لم تعمر منذ دخل العرب ولها بياض نحو ثلاثين إردبا وبئر ، فعمرها صاحبها أو ابتاعها منه وطال انتفاعهم جميعاً بشعراء بين الخربة والقرى نحو ثلاثين سنة ثم تشاحوا ، فلا حق لصاحب الخربة في الشعراء ؛ ولو كانت مسكونة منذ دخل العرب ، فلها حق في الشعراء ؛ لأن العمارة هي التي توجب استحقاق الغريم ، وما عمر رب الخربة في الشعراء وهو يرى أنه له حق ، فله ^(٢) من أهل القرى قيمة عمارته ان كانت لم تعمر منذ دخل العرب ؛ وقال ابن نافع الخربة وغيرها سواء في الشعراء ، لأنه لا يوجب في الشعراء حقاً بجوار ؛ وكذلك الكنائس العامرة ، والمحارس والصيد لا حق لها في الشعراء ، ولكن تترك للخرائب ^(٣) وبجميع ذلك من الشعراء طرقها وأفتيتها ومداخلها ومخارجها ؛ إلا أن تقوم بينة أن لها من الشعراء شيئاً ، لأن هذه المواضع لم توضع للسكنى بخلاف القرى ؛ فلو عمر أهل الخرائب خرائبهم حتى صارت قرى قبل قسمة الشعراء ، فلهم مقاسمة القرى فيها ؛ كما لو أقطع الإمام في حواشي الشعراء مواتاً ، فعمر قرية فله نصيبه من الشعراء إذا جاورها إلا أن يكون فيها النفر اليسير ، فلا ^(٤) يقسم لهم ^(٥) الا ^(٦) الاستطراق قاله ابن القاسم ،

(١) قال : د ، وقال : ي .

(٢) فله : د ، فهو له - بزيادة (هو) : ي .

(٣) للخرائب : د ، للحديث : ي .

(٤) ولا : د ، فلا : ي - ولعلها أنسب .

(٥) لهم : د ، لها : ي .

(٦) كلمة (الا) ساقطة في د .

وسواها ابن نافع بالقرى في القسمة .

فرع:

قال قال عبد الملك ذمي له قرية وخربة باعها من رجلين فتنازعا الشعراء التي بينهما يعطى للخربة حقها ، لأن مسلكه انتقل إليها على صورته في الحقوق ، بخلاف الخربة التي لا يعرف لها في الإسلام عمارة ؛ ولو قامت بينة ان هذه الخربة اتجلى عنها أهلها كان لها حق .

فرع

قال قال⁽¹⁾ عبد الملك اشترى خربة واشترط غامرها فبناه وقطع شجره، فظن أهل القرية أنه استحق ذلك بالإحياء ثم تبين أنه حق لهم؛ فللمشتري التمسك بالخربة بقسطها من الثمن، ويرجع بالفاضل وله رد الجميع لدخول العيب عليه ، وله أخذ عمارته فيما قطع منها ؛ فان بنى أو غرس فيها، فله قيمة ذلك .

فرع

قال قال عبد الملك قرية لها شعراء وأحاطت أرض بعضهم ببعض الشعراء فصار في وسط الأرض ، هو أحق بما أحاط⁽²⁾ به في أرضه من نواحيها كلها لئلا يتطرق على ملكه الطرق ؛ فان كان يدخل إليها من غير أرضه فلا، لعدم الضرر؛ والمروج والأحمية والأدوية في القرى كالشعراء إذا أحاطت أرضه بذلك مع كل جانب .

فائدة : الغامر بالغبن المعجمة ضد العامر بالعين المهملة كالصالح والطالح .

فرع

قال صاحب البيان إذا عمر في غامر القرية غير أهلها بحضورهم ، فهو كمن

(1) كلمة (قال) - الثانية - ساقطة في ي .

(2) كلمة (به) ساقطة في د .

حاز مال غيره وهو حاضر ؛ غير ان مدة الحيازة ههنا أطول مما يعتد ربه من افتراق سهامهم وقلة حق كل واحد منهم، ودون⁽¹⁾ مدة الحيازة على الأقارب والأصهار ؛ ولهذا ان ادعى شراء ذلك منهم أو هبة ، وإلا فليس ذلك له على أصل ابن القاسم ان عامر القرية لأهل القرية ؛ وعلى قول ابن وهب وغيره في أنه لا يكون لهم ولا بقسمه⁽²⁾ إلا أن يثبت أنه لهم فما عمره له ؛ وإذا أخرجوه هل له قيمة بنائه منقوضاً أو قائماً وهو الأنظر ان قاموا بجدثان العمارة⁽³⁾ .

النظر الثالث: في التراحم في الحيطان والسقوف وغيرها ودفع الضرر في ذلك:

وفي الكتاب إذا أرسل في أرضه ناراً، فوصلت إلى زرع جاره⁽⁴⁾ فأفسدته؛ فإن كانت بعيدة يؤمن وصولها، وإنما حملها ريح أو نحوها⁽⁵⁾ لم يضمن لأنه لم يفرط، وإلا ضمن لأنه متسبب؛ ومن قتل فديته على عاقلته⁽⁶⁾ قال ابن يونس قال أشهب لو قاموا للنار ليردوها فأحرقتهم فدمهم هدر- لا⁽⁷⁾ دية ولا غيرها. قال اللخمي وافق أشهب ابن القاسم في النار، وخالفه في الماء وقال إن كان يسير الماء بالرد فأغفل حين تسريحه ضمن، وإن وليه الخدمة ضمن؛ وإن حبسه تحامل على الجسر بغير خرق ولا ضعف⁽⁸⁾ من الجسر، لم يضمن؛ وإن كانت أرض جاره محسرة فتحامل الماء بالريح أو لزيادة لم يضمن، لأنه ليس من سببه.

(1) ودون : د ، دون : ي .

(2) يقسم : د ، يقسمه : ي - ولعلها أتسب .

(3) انظر البيان والتحصيل ج 10 / 317 - 318 .

(4) جاره : د ، غيره : ي .

(5) نحوها : د ، نحوه : ي .

(6) المدونة : م 6 - ج 15 / 194 .

(7) لا : د ، ولا : ي .

(8) ولا ضعف : د ، ولا حمل على الضعف : ي .

في الكتاب يمنع فتح الكوة يكشف منها الجار ، وكتب عمر رضي الله عنه ان يوقف على سرير فإن نظر إلى ما في دار جاره منع نفياً للضرر ، وإلا فلا ، لأنه تصرف في ملكه ؛ ولا يمنع من رفع البنيان وإن منع عنك الهواء أو الشمس⁽¹⁾ ، لأنه تصرف يتوقع فيع غرض صحيح في ملكه ، بخلاف فتح الكوة ؛ ولأن الضرر لا يدفع عنك بضره⁽²⁾ ، بل أنت بالضرر أولى لعدم الملك ؛ قال ابن يونس قال ابن كنانة إلا ان يكون رفعه يضر بجاره ولا نفع له فيمنع لتعين الفساد ؛ وفي كتاب تضمين الصناعات لو كانت الكوة قديمة لم يعرض من له ، ولو أضرت لرضاها بذلك ، وقيل يمنع لرضاها بما لا يحل ؛ وقال بعض أصحابنا يمنع من سد الطاقات ببنيانه ، وكذلك إذا أوجب لظلام المنزل أو منع⁽³⁾ الهواء ، خلافاً لما في المدونة. قال التونسي إلا⁽⁴⁾ الذي في نصب الأسرة لعله في موضع يمكن فيه نصب الأسرة ، وأما المجارات فأنما يعتبر فيها ادراك القائم دار الجار⁽⁵⁾ فيمنع وإلا فلا ؛ فإن بنى جوار الأندر ما يمنع مهب الريح للتذرية. ، منعه ابن القاسم في الأندر المتقدم ، لثبوت حقه في الهواء وهو المقصود منه لتصفية الزرع وإصلاحه ، بخلاف المسكن⁽⁶⁾ مقصوده السترة والصون ؛ وجوزه عبد الملك ، لا مكان صرف منفعة الأندر إلى غير ذلك ؛ ومنع عبد الملك أحداث الأندر حول الجنان ، لأنه يضره بتبن التذرية كأحداث الحمام والفرن ؛ ولا يمنع الدقاق والغسال يؤذيان جارهما بضرهما لحفته ، بخلاف تن - الدباغ ؛ ويمنع ضرر تبين الأندر بالجنان -

(1) المدونة : م 6 - ج 15/197 - 198 .

(2) بضره : د ، بضره : ي .

(3) أو منع : د ، ومنع : ي .

(4) الأثر الذي : د ، إلا الذي : ي - ولعلها أنسب .

(5) جملة (دار الجدار) ساقطة في د .

(6) المسكن : د ، السكني : ي .

ولو كان الجنان طارئا، كما كان له قبل البناء منعه من وقع التبن في أرضه ؛ وإذا لم يكن لك منعه من الكوة، فلك أن تبني في ملكك ما تسدها به قاله ابن القاسم؛ كما لو رفع البناء وان ستر الريح والشمس، ومن له غرفة يطلع منها أو من كواها على جاره وهي قديمة قبل دار⁽¹⁾ الجار ، لأن الجار إنما ملك معيها ؛ وان كانت أو الكوة⁽²⁾ محدثة أمر بإزالتها أو سترها، ولو كان بجارك يوم بنيت الغرفة أو كواها دار قائمة، فأراد منعك لتوقع ضرره إذا بنى ليس⁽³⁾ له ذلك قبل البناء ولا بعده، لأنها منفعة سبقته إليها ؛ وقال مطرف له منعك قبل البناء وبعده لنفي الضرر عنه ، فلو سكت قبل البناء له المقال بعده ، إلا أن تكون اشترت الغرفة على ذلك ، وإنما له منعك في إحداثها ؛ قال عبد الملك إذا باع داره وقد أحدث عليه جاره الكوة أو مجرى ماء أو غيره فلم يخاصم حتى باع ، ليس للمشتري القيام ، لأنه إنما اشترى معيياً فحقه ساقط في العيب والضرر ؛ فلو⁽⁴⁾ خاصم ولم يتم له الحكم حتى باع فالمشتري القيام ، لأنه تنزل منزله ؛ قال التونسي كيف يصح البيع قبل الحكم وهو شراء خصومة ، إلا أن يريد أنه لا خصومة في ذلك ، وان الأمر توجه للبائع فباع وأعلم المشتري ان له سد ما أحدث عليه . وفي الكتاب ما أحدثه في عرصته من فرن أو حمام أو رحي ماء أو كير الحديد أو بئر أو كنيف، منع من ذلك ما أضر منه بالجار، واستخف اتخاذ التنور؛ قال سحنون إذا قال أسد الكوة من وراء الباب أو بلبنة⁽⁵⁾ منع، لأنه يشهد له بعد مدة، فيقال لم يزل هذا الباب ههنا.

(1) دار : د ، ذلك : ي .

(2) كانت أو الكوة : د ، كانت الكوة : ي .

(3) ليس : د ، فليس : ي .

(4) ولو : د ، فلو : ي - ولعلها أنسب .

(5) أو بلبنة : د ، وأبقيه : ي .

فروع

قال اللخمي إذا أخذت⁽¹⁾ إلى دارك شيئاً مما بين الأندر من الرحاب والشوارع جاز، إلا أن يضر بأهل الموضع أو المارة فيهدم قاله مالك ؛ لأن أصله على⁽²⁾ التملك بالاحياء حتى يتعين الضرر ، وعنه الكراهة أن⁽³⁾ لم يضر ؛ فان نزل مضى وهو ظاهر قول ابن القاسم ، ومنعه سحنون وقال يهدم ؛ لقوله عليه السلام من اقتطع⁽⁴⁾ من طريق المسلمين أو أفنيتهم شبرا من الأرض طوقه الله يوم القيامة سبع أرضين⁽⁵⁾ . وليس هو في الصحيح ، وللجواز قوله عليه السلام في البخاري إذا تشاحوا في الطريق فسبعة أذرع⁽⁶⁾ .

فروع

قال التونسي قيل⁽⁷⁾ من دعا إلى قسمة بور القرية الذي يرتفق به أجيب، لأنه حقه كفناء الدار بعد قسمة البيوت ، وقيل لا كالشارع⁽⁸⁾ ؛ وقيل إن كان داخلاً في القرية وهي محتفة به قسم، وإلا فلا .

فروع

قال قال أشهب إذا حفرت في دارك ما يضر بجارك ليس لك ذلك - إذا وجدت منه بدأ ولم تضطر إليه نفيا للضرر ، وإلا فلك ، لأنه يضربك تركه ؛ كما يضر به فعله وانت مقدم بالملك ، ومنعه ابن القاسم وهو أولى ، لأن الجار سبق

(1) أخذت : د ، أحدث : ي .

(2) كلمة (على) ساقطة في ي .

(3) أن : د ، وإن : ي .

(4) في رواية من أخذ .

(5) أخرجه الطبراني والضياء المقدسي من حديث الحكم بن الحارث .

انظر فيض القدير على الجامع الصغير 6/ 42 .

(6) أخرجه البخاري في باب المظالم ج 2/ 48 .

(7) كلمة (قبل) ساقطة في ي .

(8) كالشارع : د ، كالشوارع : ي .

إلى تلك المنفعة ، فلا تفسدها عليه .

فرع

قال ليس لك في الزقاق غير النافذ فتح باب ولا نقبه ، لقوة حق أهله فيه
بأنحصاره لهم ، ولك ذلك في النافذ ما لم تضيق الفناء ؛ ومنعه سحتون إذا كان
قبالة باب رجل ، والأجاز ؛ ولك فتح حوائيت في دارك للشارع النافذ كالباب ،
قاله ابن القاسم في المدونة، لأن أصل الشوارع على الأحياء حتى يتعين الضرر ؛
وله ⁽¹⁾ تحويل بابه في بئر النافذ حيث لا يضر بجاره ، ومنع سحتون الحانوت في
النافذ إذا أضر بالجار يجلس الناس عليه .

فرع

قال قال أصبغ لك ⁽²⁾ شجرات في أرض رجل أراد التحجير على أرضه
يجدار ، منع ان كانت مجتمعة لا يضر به تركها في القرب والبعد والسهولة ،
وإلا فلا ؛ لأن الضرر إذا تعين على الشريكين حمل على أيسرهما نصيباً ، ويفتح
لك باباً إليها ويكون غلقه بيدك إن طلبت ذلك ؛ وإن كانت شجر كثيرة غياضاً
ليس له التحجير عليها ، لأن أكثر الضرر عليك .

فرع

قال ⁽³⁾ إذا أضرت شجرة جارك يجدارك وهي أقدم من جدارك على ما هو ⁽⁴⁾
عليه اليوم من الانتشار لا تقطع ، لأنه إنما ملكت معيماً ، فإن زادت الأغصان بعد
بناء الجدار شمر ما أضر بالجدار مما حدث بعد البناء ، لأنه غير المدخول على
ضرره ؛ وقال عبد الملك إذا كانت أقدم لا يتعرض لما زاد لدخوله على الزيادة ،

(1) وله : د ، ولك : ي .

(2) كل : د ، لك : ي - ولعلها أنسب .

(3) كلمة (قال) ساقطة في ي .

(4) هو : د ، بقي : ي .

وان كانت محدثة قطع منها ما أضر ؛ وأما الشجر التي تكون في الأرض بميراث أو شراء أو قسمة فامتدت حتى سترت الأرض بالظل، فلا قول لصاحب الأرض؛ لأن الشجر هذا شأنها في الأرض ، ووافقنا (ش) غير ان بعض الشافعية قال إذا كانت أغصان الشجرة⁽¹⁾ الحادثة بعد البناء لينة يمكن كفها بلا قطع لإزالة⁽²⁾ الضرر بالكف ؛ وان لم يمكن فلا يجب القطع بل يؤمر بإزالة الضرر ، فلعله يؤثر قطع الشجرة من أصلها التبقى له الأغصان طوالاً ؛ فإن امتنع فهل للمضروب الإزالة إن لم يكن قطع بخلأ بالقيمة فله ، وإلا فلا بل للحاكم ؛ فلما انتقلت الدار المضرورة من صاحب الشجرة في ابتداء نشأتها ثم عظمت حتى أظلت ، لا مقال⁽³⁾ له لدخوله على ذلك ؛ وما أظن أصحابها يخالفونه في هذا الفقه ، فانه مقتضى القواعد ؛ وقد قال ابن يونس قال مطرف إذا حدث لها أغصان بعد بنیان الجدار تضر بالجدار ، شمر ما أضر بالجدار⁽⁴⁾ فقط مما حدث ؛ وقال عبد الملك يترك وان أضر ، لأنه قد علم ان هذا شأن الشجر ودخل عليه ، وكان هذا من حريمها قبل بناء الجدار ؛ وفي كتاب ابن حبيب ان عظمت الشجرة طولاً إلى السماء فلا مقال كالبنیان يستر الريح والشمس ، قال⁽⁵⁾ أصبغ لك شجرة في أرض رجل فعظمت ارتفاعاً أو انبساطاً حتى أضرت بالأرض لا قول لصاحب الأرض .

فروع

قال قال⁽⁶⁾ ابن القاسم إذا نبع من بئر أو عينك في أرض جارك من غير

(1) الشجرة : د ، الشجر : ي .

(2) لإزالة : د ، لزوال : ي .

(3) مقالة : د ، مقال : ي - ولعلها أنسب .

(4) كلمة (الجدار) ساقطة في د .

(5) قال : د ، وقال : ي .

(6) كلمة (قال) - الثانية - ساقطة في ي .

سبب منه ليس لك سدها، وان ⁽¹⁾ تسبب في ذلك سددها ؛ وقال أصبغ إذا خرج في أرض جارك قضيب من شجرة في حائطك من تحت الأرض فصار شجرة ، خير جارك بين قلعهما أو يعطي لك قيمتها ، لأنها من غير مالك المعصوم والماء لا يملك إلا بالحوز، وما خرج منه لجارك لم تحزه؛ ولو كانت إذا قطعت وغرست نبتت ، فلك قلعهما ولا يخير . وقال ⁽²⁾ في المجموعة يعطيك قيمتها مقلوعة ما لم يضربك بأن تشرب من عندك، وإلا فلك قلعهما إلا أن يقطع عروقه المتصلة بشجرك وتعطى قيمتها مقلوعة .

فرع

قال قال مطرف يمنع ما أضر بالناس من إحداث الأبرجة تضر بالزرع، أو النحل تضر بالشجر؛ وكذلك الدجاج والإوز الطيارة بخلاف الماشية ، لأن الاحتراس منها ممكن ودخل الناس عليه في العادة ؛ وجوز ابن القاسم اتخاذ النحل والحمام قياساً على الماشية ، وعلى أهل ⁽³⁾ القرية حفظ زرعهم وشجرهم.

فرع

قال قال مالك إذا سقط الجدار بينكما وهو لأحدكما لم يجبر على بنائه ، لأنه لا يجب عليه سترك بملكه ؛ أو لكما ، جبر الممتنع منكما على البناء مع صاحبه ، لأنه من أحكام الشركة ؛ وفي العتية إذا كان لأحدهما فهدمه ، أو انهدم بغير فعله وترك رده ضرراً - وهو قادر على بنائه ، جبر على رده ؛ فان عجز، ستر الآخر على نفسه بالبناء في حقه؛ وان هدمه للضرر اجبر على الإعادة ، أو هدمه لنفسه ، ثم عجز أو استغنى عنه لم يجبر ؛ قال ابن حبيب : لا يجبر عند ابن القاسم إذا انهدم ، ويجبر عند ابن كنانة ؛ وأجمعوا على الإيجاب إذا هدمه

(1) وان : د ، فان : ي .

(2) وقال : د ، فقال : ي .

(3) كلمة (أهل) ساقطة في د .

للضرر ، وعن ابن كنانة لا يجبر إذا كان لها أيضاً ، لأن الإنسان لا يجبر على تجديد ملكه . وفي المجموعة إذا كان بينهما وانهدم بغير فعله لا يجبر ويخير في المشترك⁽¹⁾ بين البناء والبيع والمقاسمة جمعا بين المصالح .

فرع

قال إذا اختلفتما في جدار بينكما وعقد بنائه إليكما فهو لكما بعد أيماكما ، لاستوائكما في السبب ؛ أو لأحدكما فقط فهو له ، أو منقطعاً عنكما فلكما لاستوائكما ؛ وإن كان لأحدكما⁽²⁾ فيه كوة فهو لمن فيه مرافقه، وإن كانت الكوة لكما فهو بينكما⁽³⁾ ؛ ولو كان لأحدكما فيه خشب - ولا عقد لأحدكما ، فهو لمن عليه حمله ، وإن كان حملهما عليه ، فهو بينكما⁽⁴⁾ . فإن كان لأحدكما عشر خشبات وللآخر سبعة ، ترك على حاله لا يزيد أحدكما خشباً إلا برضى صاحبه ؛ وإن انهدم بنيانه جميعاً على حاله ، ويقال للممتنع بع الدار كلها ممن بيني ؛ واختلف قول سحنون في الحمل هل هو دليل أم لا ؟ وفي كتاب ابن سحنون إذا كان وجه البناء لأحدهما وللآخر ظهره ، فهو بينهما ولم يجعل وجه البناء دليلاً والحائط لمن له الباب فيه ، وإن لم يعلم لمن الباب ، فهو بينهما نصفان ؛ وقال أشهب إذا كان لأحدهما عليه عشر خشبات وللآخر خمسة أو خشبة فهو بينهما نصفان ، وقال من خالفنا هو لصاحب الكثير⁽⁵⁾ إلا موضح الخشبة ؛ وقال سحنون في الكوى غير المنفذة نظر ، قال سحنون إذا كان حائط حذوه حائط وعقد أحدهما لأحدكما ، وعقد الآخر لجهة الآخر ، قضى لكل واحد بالحائط الذي إليه عقده ؛ وإذا أراد من له العقد وعليه حمل لغيره - البناء على الحائط ، امتنع أن يضرب بحمل الآخر ، وإلا فلا ؛ وإذا

(1) الشريك : د ، المشترك : ي - ولعلها أنسب .

(2) عبارة (فقط فهو له . . . وإن كان لأحدكما) ساقطة في د .

(3) لكما : د ، بينكما : ي - وهي أنسب .

(4) عبارة (وإن كان لأحدكما . . . فهو بينكما) ساقطة في د .

(5) الكثير : د ، الكبير : ي .

كان حائط بينكما فأردت الحمل عليه ما يمنع الآخر حمل مثله عليه يمتنع ، إلا ان ياذن لك ؛ وان لم يمنعه من حمل مثله جاز وان لم ياذن ، قال عبد الملك لا⁽¹⁾؛ فان أردت أن تحمل عليه ما لا يحمل الحائط مثله للآخر ويضعف الجدار وأردت هدمه وبناءه للحمل عليه ما يحمل عليه للآخر مثله⁽²⁾، لك ذلك وإن كره ، لأنك تسعى في مصلحتكما أو يبقى الجدار بينكما كما كان ؛ قال سحنون إذا كان لكما عليه خشب وخشبك أسفل من خشبه فأردت رفعه قبالة ، لك ذلك وإن كره ؛ فان أنكرك صاحب الأعلى أن يكون لصاحب الأسفل من فوق خشبه شيء صدق مع يمينه ، لحوزه لما فوق خشب الأسفل .

فروع

قال إذا اعتل السفلى وأردت⁽³⁾ اصلاحه فعليك تعليق الأعلى ببناء أو غيره ، لأن عليك العمل ؛ وكذلك لو كان على العلو ، علق⁽⁴⁾ بحمل الأعلى على الأوسط إذا اعتل الوسط .

فروع

قال قال سحنون إذا أردت تلبيس حائطك⁽⁵⁾ من دار جارك ليس له منعك ، لأنه يجب عليه تمكينك من ملكك ؛ كما لو ألقى الرمح ثوبك في داره ليس له منعك من الدخول له أو يخرجك إليك .

فروع

قال قال سحنون إذا كانت خربة بين الدور فامتلت من قمامة الناس

(1) كلمة (لا) ساقطة في ي .

(2) عبارة (للآخر ويضعف . . . عليه الآخر مثله) ساقطة في د .

(3) وأردت : د ، فأردت : ي .

(4) كلمة (علق) ساقطة في د .

(5) حائط : د ، حائطك : ي - ولعلها أنسب .

وأضر ذلك بجدار جدار الخربة، فطالب صاحب الخربة بإزالة الضرر عنه بالتنظيف، فقال ليس هذا من ترابي لا ينفعه ذلك وينظف، لأن الضرر الآن من جهته؛ وقال أيضاً على الجيران كنسه يؤخذ الأقرب فالأقرب على الاجتهاد.

فروع

قال إذا ارتدم السفل من الطريق وضاق عليه مدخله، فعلى صاحب العلو أن يوسع له في هواه وبنائه بثمان يدفعه إليه قاله ابن عبدوس؛ وقال أيضاً في قناة رجل تجري على آخر فاحتاج الذي تجري عليه القناة لردم داره، لأن الطريق علت عليه له ذلك، ويقال لصاحب القناة أعل دارك ان شئت وإلا فلا شيء لك؛ وقال ابن اللباد القياس ألا يفعل الا باذن صاحب القناة لحقه في جري القناة .

فروع

قال قال يحيى بن عمر إذا نقل المطر ترابك فسد به على آخر مخرجه ، لا تجبر على نقله ؛ لأنه ليس من فعلك بل لك نقله لأنه ملكك .

فروع

قال إذا كانت دار بجنب دار مشتركة فأراد غلق باب الدار المختصة به وفتحها في الدار المشتركة ، لشريكه منعه لحقه في موضع الفتح قاله مالك ، وجوز فتحه في حائط دار نفسك لتدخل دار الشركة ؛ قال وفيه نظر ، لأنه يطول الأمد فيظن ان فتحه حق على دار الشركة ؛ ولو قسمت الدار المشتركة فأردت غلق بابك وفتحها في النصف الذي حصل لك، قال مالك ان أردت الرفق جازاً، أو تجعله ممراً للناس امتنع لضرر الشريك في نصفه ، قال ومراده أنك تخرج من ذلك الباب إلى باب دارك؛ لأنك تخفف عن صاحب النصف الآخر بعض المرور ، فقد⁽¹⁾ كان

(1) فقد : د ، وقد : ي .

لك سكنى نصيبك وتخرج بأهلك منه ؛ أما لو عطلت الخروج من باب دارك امتنع ، لأن ضرر عيالين أكثر من ضرر عيال .

فروع

في الجواهر يجوز إخراج الرواشن والأجنحة على الحيطان إلى طريق المسلمين ، لأن عمر رضي الله عنه قضى في الأفنية لأرباب الدور ؛ وفسره ابن حبيب بالانتقال من المجالس والمرابط وجلس الباعة فيها⁽¹⁾ للبياعات⁽²⁾ الخفيفة دون الحيازة بالبنيان والتحظير والسكة المستدة كالملك المشترك بين سكان السكة يمنع إخراج الجناح إليها وفتح باب جديد فيها إلا برضاهم ؛ ولو فتح باب دار له أخرى إلى داره التي في السكة المستدة ليرتفق به ، لا يجعله كالسكة النافذة جاز .

قاعدة : حكم الاهوية حكم ماتحتها، فهو الوقف وقف وهواء الطلق طلق ، وهواء الموات موات وهواء المملوك مملوك ؛ ومقتضى هذه القاعدة ان يمنع بيع هواء المساجد والأوقاف الى عنان السماء لمن أراد غرس خشب حولها، ويبنى على رؤوس الخشب سقفاً وبنياتاً وان يمنع اخراج الرواشن؛ لأنها في هواء الشارع الذي يمنع فيه الاختصاص، غير ان المنع ثمة لنفي الضرر، وإلا فأصله موات يقبل الأحياء ولا ضرر في هوائه فيجوز التصرف فيه.

فروع

قال قال سحنون لك داران متقابلان على يمين الطريق وشماله ، لك أن تبني عليهما سباطاً تعمل عليه غرفة ونحوها .

فروع

قال الجدار لك بين الدارين لا يتصرف فيه جارك إلا بإذنك ، فإن استعاره

(1) فيها : د ، فيه : ي .

(2) للبياعات : د ، للبياعة : ي .

لوضع جذعه عليه لم تزلملك الإعارة، لأن الإنسان لا يجبر على دفع ملكه إلا للضرر الغير ولا ضرر ههنا ؛ ولهذه القاعدة حمل قوله عليه السلام لا يمعن أحدكم جاره من وضع خشبة على⁽¹⁾ جداره⁽²⁾ على النذب . وإذا أعرت لا ترجع إلا لضرورة تعرض لجدارك ولم ترد الضرر ، لأن العارية تملك منافع ؛ وروي ليس عليك نزعها وان طال الزمان ، احتجت إلى جدارك أم لا، مت أو عشت ، بعث أو ورثت ، حملاً للنهي في الحديث على التحريم ووجوب تملك المنفعة ؛ وأما الجدار المشترك ليس لأحدكما الانتفاع إلا برضى صاحبه ، لأنه تصرف في ملك الغير ، ويجبر على قسمه⁽³⁾ عند التنازع الممتنع منها تحصيلاً للانتفاع بالملك ؛ وقال أصبغ لا يقسم إلا عن تراض وبالقرعة لتوقع الضرر في قسمة الجدار ، ويجبر الممتنع من العارة بين العارة والمقاواة والبيع ممن يعمل ، أو يباع عليه من حقه ما به يعمل باقي حقه ، ولا تمنع أنت من الانتفاع بحقه لضرره بذلك ؛ وأما ما ينقسم ، فيقسم بينكما ؛ واختلف في الحائط بينكما يحتاج للإصلاح ، قيل يجبر الممتنع نفياً للضرر ، وقيل لا بل يصلح من أراد في حقه .

فروع

قال إذا انهدم السفل والعلو ، جبر صاحب السفل على البناء ، أو يبيع⁽⁴⁾ من يبنى حتى يبنى صاحب العلو ، لأن عليه حمل العلو وعليه الخشب والجريد؛ قال أشهب وباب الدار ، قال ابن القاسم وعليه السلم إذا كان له علو حتى يبلغ⁽⁵⁾ علوه ؛ ثم على صاحب العلو الأعلى ، وقيل على صاحب السفل بناء⁽⁶⁾

(1) على : د ، في : ي .

(2) رواه أحمد والبخاري ومسلم من حديث أبي هريرة بألفاظ متقاربة .

انظر الفتح الكبير ج 3 / 371 .

(3) قسمته : د ، قسمه : ي .

(4) يبيع : د ، يبيع : ي .

(5) يبلغ : د ، تبلغ : ي .

(6) يبناء : د ، قيل : ي .

السلم إلى حد العلو؛ فإن كان عليه علو آخر ، فعلى صاحب العلو الأوسط بناء السلم من حد العلو⁽¹⁾ إلى سقف الذي عليه علو الآخر ، لأن الأسفل أبداً عليه الحمل والتمكين⁽²⁾ من منافع العلو .

فروع

قال ومن له اجراء ماء على سطح غيره، فالنفقة في السطح على مالكة دون صاحب المجرى ، لأن عليه التمكين ؛ وسقف السفلى لصاحب السفلى ، ولصاحب العلو الانتفاع به ؛ وليس لصاحب العلو الزيادة في البنيان وله رفعه .

فروع

قال يجوز بيع حق الهواء لإخراج الأجنحة من غير أصل يعتمد به البناء .

فروع

قال حق المسيل ومجرى الماء وحق المر وكل حق مقصود على التأييد، لأنه ملك.

فروع

قال إذا انهدمت الرحى فأقمتها⁽³⁾ وامتنع الباقون، فالغلة كلها لك عند ابن القاسم، وعليك أجرة انصباهم جزافاً. وقال عبد الملك الغلة بينكم ولك من أنصباهم ما انفقته، لأنك تتفع بملكهم عامراً ؛ وقال ابن وهب أنت شريك بما زاد عملك على جزئك المتقدم في غلة الرحى، ولك أجرة ما أقمت في حصص أصحابك بأن تقوم الرحى غير معمولة فيقال عشرة ، وبعد العمل خمسة عشر فلك ثلث الغلة والباقي بينكم ؛ وعلى الذي لم يعمل ما ينوبه من الأجرة للعمل

(1) عبارة (فإن كان عليه علو آخر . . . حد العلو) ساقطة في د - والمعنى يقتضيه .

(2) والتمكين : د ، والتمكين : ي .

(3) فأقمتها : د ، فأقمتها : ي .

في قيامه بغلتها ، ثم أراد الدخول معك أعطاك ما ينوبه من قيمة ذلك يوم يدفع ذلك إليك .

فروع

قال إذا ادعيت على رجلين داراً فصدقك أحدهما فصالحته على مال ، للآخر الأخذ بالشفعة ، لأن الصلح بيع .

فروع

قال إذا تنازع صاحب السفلى والعلو السقف ، صدق صاحب السفلى ، لأن اليد له ، كالحمل على الدابة يصدق صاحبها دون الأجنبي ، ويصدق راكب الدابة دون المتعلق بلجامها ، ولأن البيت لا يكون بيتاً إلا بسقفه ، ولو كان السفلى بيدك والعلو بيد آخر - وطريقه في ساحة السفلى - وتداعيتا الدار كلها ، قال أشهب الدار لك إلا العلو وطريقه لليد بعد أيما نكماً أو نكولكما أو نكول أحدكما ، فيقضى للحالف منكما .

فروع

قال من سبق إلى موضع مباح⁽¹⁾ له الجلوس فيه ، فلا يزعم منه ، لأنه أحق بالسبق .

فروع

في الطرق والمساجد⁽²⁾ ، قال ويتنفع بالمساجد بالصلاة والجلوس والذكر والقراءة والانشغال⁽³⁾ بالعلوم الشرعية والاعتكاف ، وخفف في القائلة والنوم⁽⁴⁾

(1) مباح : د ، يباح : ي .

(2) جملة (في الطرق والمساجد) ساقطة في د .

(3) والانشغال : د ، والانشغال : ي .

(4) والنوم : د ، بالنوم : ي .

فيها نهاراً للمقيم والمسافر والمبيت للهارب ؛ ولا ينبغي ان يتخذ المسجد مسكناً⁽¹⁾ إلا رجل مجرد للعبادة فيه وقيام الليل ، وأرخص مالك في طعام الضيف في مساجد البادية ، لأن ذلك شأن تلك المساجد ، وكره وقود النار؛ وأجاز العلو مسجداً ويسكن السفلى ولم يجز العكس ، لأن ما فوق المسجد له حرمة المسجد ، لأن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه كان إذا بات على ظهر المسجد لا يقرب فيه امرأة ، وأرخص في المرور فيه المرة بعد المرة دون جعله طريقاً؛ وكره دخوله بالخيول والبغال والحمير التي ينقل عليها إليه خشية أروائها ، ولم يكره الإبل لطهارة أبوابها ؛ وكره البصاق فيه على الحصى والتراب ثم يحكه ، واتخاذ الفرش للجلوس أو الوسائد⁽²⁾ للاتكاء ، لأنه ليس من شأن المسجد ؛ ورخص في الحمر⁽³⁾ والمصليات والنخاخ⁽⁴⁾ ، لأنه عليه السلام كانت له خمرة ويمنع تعليم الصبيان ودخولهم له إلا للصلاة ، لقوله عليه السلام «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ، ويبيعكم وشراءكم وخصوماتكم ، وسل سيوفكم ورفع أصواتكم، وإقامة حدودكم ، وجمروها أيام جمعكم»⁽⁵⁾. ويكره البيع والشراء وسل السيف ورفع الصوت وإنشاد الضالة والهتف بالجنايز وكلاما يرفع فيه الصوت حتى بالعلم ، لأنه من قلة الأدب عند الأمثال ، وعند منازلهم ؛ قال ابن حبيب قد كنت أرى بالمدينة رسول أميرها يقف بابن الماجشون في مجلسه إذا استعلى كلامه وكلام أهل المجلس في العلم ، فيقول يا أبا مروان - اخفض من صوتك ومن جلسائك - وقد

(1) مسكناً : د ، سكنى : ي .

(2) أو الوسائد : د ، والوسائد : ي .

(3) الحمر - يريد بها الطنافس .

(4) النخاخ - لعله يعني بها البساط الطويلة كالحصر وغيرها .

(5) أخرجه ابن ماجه من حديث واثلة ، ذكره في الجامع الصغير - ووضع عليه علامة

الضعف (ض) .

انظر فيض القدير 3/ 351 .

قال عليه السلام لا تمر في المساجد بلحم ، ولا تنفثوا⁽¹⁾ فيها النبل⁽²⁾ بمعنى الإدارة على الظفر ليعلم استقامتها⁽³⁾ ؛ ولا تزين بالقوارير أي الزجاج ، قال ابن حبيب انا نكره القوارير⁽⁴⁾ التي عملت⁽⁵⁾ بمسجدنا بقرطبة كراهة شديدة بل ينبغي أن تعمل على باب المسجد ، لقوله عليه السلام اجعلوا مطاهركم على أبواب مساجدكم . وأقبح من ذلك ما فعل بقرطبة من فتح أبواب المياضي في المسجد ، بل تفتح خارجه على حدة ، وقد نبه الله تعالى على جميع ذلك بقوله تعالى ﴿ فِي ثُبُوتِ أَذْنِ اللَّهِ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ ﴾⁽⁶⁾ . ورقعها تعظيمها واجلالها عما لا يليق بها .

فروع

في الكتاب من حفر بئراً بعيدة من بئر فانقطع ماء بئر لذلك ، فلك ردم بئر نفيًا للضرر⁽⁷⁾ .

فروع

قال ابن يونس قال ابن القاسم إذا أحدث فوق الرحي القديمة رحي وأضررت ببعض طحن القديمة أو بتكثير مؤنّها ، أو ضرر بين مع ذلك ؛ فإن أشكل أمرها ، أذن له بشرط ان أضرت نقصت ؛ ولو عمل بغير حكم فتبين الضرر

(1) في النسختين (تفروا) - والتصويب من « التاج والاكلیل على مختصر خليل » للمواق - هامش الخطاب ج 14/6 .

(2) ذكره ابن حبيب - ولم أقف على من خرجه ، انظر التاج والاكلیل - المصدر السابق .

(3) أصل العبارة عند ابن حبيب : (يريد تنفيذ النبل إذا ردتها على الظفر فيعلم مستقيمها من معوجها) - التاج والاكلیل - نفس المصدر .

(4) كذا ثبت في د - وكتب بالهامش : (لعله الفؤارة) - وهو نص ابن حبيب - كما عند المواق في التاج والاكلیل - المصدر نفسه .

(5) الذي في نص ابن حبيب (اتخذت) - ولعل المؤلف نقله بالمعنى .

(6) الآية : 36 من سورة النور .

(7) الملونة م 6 - ج 15/196 .

والأول ينظر إليه فلم^(١) ينكر ، ثم قال ما ظننت أنه يضرنى ؛ فان كان مثله لا يخفى عليه ذلك ، لم يسمع قوله ؛ وإلا حلف ما سكت رضى وأزيل الضرر عنه . وقال بعض أصحابنا إذا اجتهد الحاكم بقول أهل المعرفة فأذن ، ثم تبين الضرر فهو حكم مضى ؛ ولو تركه الأول حتى بنى ثم طلب إزالة الضرر ، لم يهدم ، لأنه تركه حتى أنفق النفقة العظيمة وقيل يهدم^(٢) ؛ ولو خربت رحي فبنى آخر رحي، تضر بالأول لو أعيدت ان كان خراباً دائراً لم يمنع ، وان لم يصل الاضرار^(٣) إلى حد التعطيل، لم يمكن إن أراد الأول إعادة رحاه ، وإلا فلا ؛ قال أصبغ فإن ابتداء رحائين في أرضهما ، فلما فرغا أضّر أحدهما بالآخرى إن تقدم أحدهما بماله بال ثم عمل الآخر فسبقه أم لا منع إن كان المضّر، وان لم يسبق أحدهما لم يمنع، فإن تبين الضرر منعاً معاً.

فرع

قال لو أذن له في تجرية الماء في أرضه لرحاه ليس له منع ذلك بعد ، لأنها غطية ما لم تؤقت فلك الرجوع بعد الأمد ؛ وان سمي عارية فله أمد ما كان لمثله .

فرع

قال^(٤) في الكتاب من حفرَ حيث لا يجوز له ، ضمن ما يعطب في حفيه من دابة وانسان^(٥) .

فرع

قال صاحب البيان إذا هارت البئر تمتنع قسمة الزرع مع الأرض ، لأنه بيع

(1) فلا : د ، فلم : ي .

(2) يهدم : د ، تهدم : ي .

(3) الدار : د ، الديار : ي ، ولعل الأنسب ما أثبت .

(4) كلمة (قال) - ساقطة في د .

(5) المدونة م 6 - ج 454 / 15 .

الزرع قبل طيه حتى يقتسماه بالكيل بعد الدراس ، ويبيع أحدهما نصيبه من الأصل⁽¹⁾ والماء ويقاسمه الأرض ، ويجبر الممتنع على العمل مع صاحبه أو المقاسمة⁽²⁾ .

فروع

قال إذا ملك بجوار جدارك خليجاً يجري فيه السيل فهدم جدارك ، فعلى صاحبه بناؤه ان كنت لا تسقي منه كسائق الدابة ؛ وان كنت تسقي منه فلا ، لأنكما سقما الماء فيه ؛ قال وأصل المذهب وجوب القيمة في العروض ، وبالجدار⁽³⁾ عرض ؛ وإنما وجب البناء ، لأن القيمة قد لا تقيم الجدار على حاله فلا ينجر الخلل فيغرم⁽⁴⁾ ههنا أكثر من القيمة ؛ فهذه المسئلة مستثناة من العروض في وجوب المثل كمستهلك فرد من زوج لا تلزمه⁽⁵⁾ قيمة بل قيمة ما نقص الجميع ؛ وكجلد استثنى فاستحق المشتري الحيوان ، فإنه يقضى فيه بالمثل ؛ وكفرق الثوب خرقاً يسيراً قاله بعض الشيوخ في وجوب المثل وليس كذلك ؛ لأنه لا يلزمه مثل البناء باليا لتعذر ذلك ، وكذلك الرفو هو لم يستهلك رفوا وإنما أخرق الثوب⁽⁶⁾ .

فروع

قال: بئر بينكما اقتسمتماه ساقيتين فارتفع التراب تحت دلائك حتى تعذر السقي، ان كانت عادة في التنظيف حملتهما عليها، والا فالكنس عليكما، لأن

(1) الأصل : د ، الأرض : ي .

(2) انظر البيان والتحصيل ج 10 / 242 .

(3) فالجدار : د ، والجدار : ي .

(4) فيغرم : د ، فتغرم : ي .

(5) تلزمه : د ، يلزمه : ي .

(6) انظر البيان والتحصيل ج 10 / 148 - 149 .

ترابك من عنده ومن عندك⁽¹⁾ .

فروع

في النواذر قال مالك⁽²⁾ إذا نقص ماء البئر أو العين فأراد أحد الشريكين العمل، فإن عمل الآخر وإلا باع ممن يعمل؛ أو يعمر الطالب، فما⁽³⁾ زاد عمله فهو له حتى يأخذ نصف النفقة ؛ قال ابن القاسم كل أرض مشتركة من أصول أو زرع هارت بـيرها يقال للممتنع : اعمل مع صاحبك أو بع حصتك من الأصل⁽⁴⁾ فتأخذ حصته أو يأخذ حصتك، فمن أراد عمل أو ترك، ومن عمل له الماء كله حتى يعطيه شريكه ما ينوبه من النفقة وإن كان بينها ؛ وأما الأرض المقسومة أو الشجر المقسوم أو الزرع لرجل في أرض بينهما مفروز ، إلا أن ماءهما واحد فتهور البئر أو تنقطع العين ، لا يكلف الممتنع النفقة مع شريكه ، فإن عمل الآخر قلّه الماء كله إلا أن يعطيه نصيبه من النفقة ؛ قال سحنون هذا في البئر التي⁽⁵⁾ ليس⁽⁶⁾ عليها حياة ولا نخل ، أما ما عليها ذلك ، فيجبر للممتنع على العمل أو البيع ممن يعمل ، وإلا يبيع عليه ؛ قال مالك إن كان البئر خربا أو العين ، فلا يجبر الممتنع ، إنما يجبر حيث يبقى بقية من الماء؛ فلو⁽⁷⁾ لم يجبر فسدت بقيته فهو ضرر ، بخلاف الأول .

فروع

في الكتاب : إذا انهارت البئر أو العين فأصلحتهما وأبى شريكك ، لك

(1) المصدر السابق ج 10 / 257 - 258 .

(2) جملة (قال مالك) ساقطة في د .

(3) فما : د ، بما : ي .

(4) الأصل : د ، الأرض : ي .

(5) الذي : د ، التي : ي - وهي أنسب بما بعدها .

(6) كلمة (ليس) ساقطة في د .

(7) فلو : د ، فإن : ي .

منعه الماء ان كان فيه ⁽¹⁾ فضل حتى يعطيك ⁽²⁾ نصيبه من النفقة ⁽³⁾ ؛ لأن الماء نشأ عن نفقتك ، كما ينشأ عن ملكك ؛ وإذا احتاجت البئر للكنس أو القناة وتركه ينقص الماء أو لا يكفي ماؤها مريد الكنس ، فلمريد الكنس الكنس وهو أولى بما زاد الماء بكنسه دون الشريك حتى يؤدي نصيبه من النفقة ؛ وكذلك بئر الماشية . قال ابن يونس وقع في المستخرجة إذا استدت القناة في أولها ينقيها الأولون دون من بعدهم ، أو في آخرها ينقيها الأولون مع الآخرين ؛ وهذا إنما يصح في قناة المرحاض ، لأنها إذا استدت في أولها يكون باقيها غير مسدود ؛ فالضرر يختص بالأولين ، وفي آخرها يتضرر الجميع بانحباس انفال الأولين والآخرين ؛ وأما قناة الزرع والطاحون يتضرر الجميع بانسداد أولها ، فالإصلاح عليهم وأي من تم نفعه ببعض الإصلاح كان بقية الإصلاح على الثاني ؛ فإن كمل نفع الثاني ، فعلى ⁽⁴⁾ الثالث ؛ ثم كذلك ؛ وعلى قول ابن القاسم يقال للشريك عمر أو بع حصتك من الأرض أو قاسمه إياها ، قال ابن نافع هذا في البئر ليس عليه احياء زرع ولا نخل ولا غيره ، فلا يجبر على الإصلاح كصاحب السفلى مع صاحب العلو ؛ وقال أشهب إذا كان البئر يخشى خرابه، يجبر الشريك نفياً للضرر ؛ وإن كان خراباً لم يجبر ، إذ لا يترتب على عدم العمارة خراب ؛ ومن أعمر فهو أحق بالماء حتى يعطيه الآخر حصته من النفقة ، فيكون الماء بينهما في المستقبل ؛ ولا شيء عليه ⁽⁵⁾ فيما مضى ، لأنه أسقط حقه بعدم الموافقة ؛ وعن مالك إن قل الماء فيبقى ما يكفي أحد الشريكين : صاحب القليل دون صاحب الكثير ، لا يجبر صاحب القليل ويعمل الآخر ، ولصاحب القليل بقدر حصته

(1) فيه : د ، فيها : ي .

(2) يعطيك : د ، تعطيه : ي .

(3) المدونة م 6 - ج 15 / 191 .

(4) فعلى : د ، ففي : ي .

(5) عليه : د ، عليك : ي .

قبل العمل حتى يعطي حصته من النفقة ؛ قال ابن نافع قال مالك يعطيه حصته من النفقة يوم انفق ، وإنما أقول قدر قيمة العمل⁽¹⁾ فيقوم يوم يقوم وقد بلي ، لأنه من اليوم تملكها ، فلا يحسب عليه جديداً ، لئلا يؤخذ منه ثمن ما انتفع به غيره ؛ وفي المسئلة أربعة أقوال : قول انهارت⁽²⁾ البئر أو نقصت لمريد الاصلاح الاصلاح وهو أحق بالماء حتى - يعطيه شريكه حصته ، فان كانا شريكين فيما يسقى من نخل أو كرم خير الممتنع بين العمل والبيع والمقاسمة في الأصل فيعمل من أراد ان يكون له الماء كله حتى يعطيه الآخر حصته من النفقة، وقيل ان كانا شريكين فيما يسقى به ، لم يخير الممتنع بين العمل والبيع كصاحب السفلى والحائط بين الرجلين ، إلا أن يكون بئر لا حياة عليه ؛ وقيل إنما يؤمر بالعمل إذا لم يخرب البئر ، اما الخراب فلا ؛ وقيل إن⁽³⁾ كانت أرض الزرع لا تنقسم - وقد زرعها جبر الممتنع على البيع لتعذر القسمة ، وان لم تكن مزرعة وفيها نخل لا ثمر فيها حتى تجوز قسمتها ، خير بين القيمة والبيع والعمل ؛ وان كان النخل منقسماً ولم تبقى الشركة إلا في غيرها ، فيحتمل أن يكون هو المراد بقوله لا يجبر على العمل ؛ بل يعمل صاحبه وهو أحق بما زاد الماء لعدم الشركة في الاصول ؛ فلا يكلف بيع أصوله لشركتها في البئر ؛ وظاهر كلام سحنون أنها سواء ويخير بين العمل والبيع كالسفل والعلو والحائط بينهما ؛ وقد اختلف في الرحي تنهد فيقال للأبي : إما أن تبني أو تبيع ؛ فلو عمل أحدهما واغتزل غلة كثيرة ، قال ابن شعبان للعامل من الغلة بقدر ما انفق وما كان له قبل ان ينفق ، والبقية للآخر ؛ وعن ابن القاسم الغلة كلها للمنفق حتى يدفع قيمة ما عمل كالبر يغير ماؤها ، وعنه يستوفي من الغلة نفقته ثم يكون بينهما ، واختار عيسى ان الغلة كلها للعامل وعليه كراء

(1) العمل : د ، العارة : ي .

(2) انهارت : د ، انها هارت : ي .

(3) ان : د ، وان : ي .

نصيب الآخر فيما هو باق قبل العمارة ، وله ⁽¹⁾ دفع حصته من النفقة والدخول معه ؛ إلا أن يكون بحدثان العمل ، فالأشبه قول ابن دينار وقول عيسى ؛ قال اللخمي الحجرة إما من أول العين إلى المغلق ، أو بين البساتين ، أو موضع مصالة الماء ؛ فالأول على عددهم عند ابن القاسم ، وعلى الأنصباء عند أصبغ ؛ وإذا استدت من الأول إلى الثاني ، فالإصلاح على الأول ، لأنه من سببه وان استدا جميعاً ، قبل يغرم الأول مع جميعهم ؛ والثاني مع الثالث فيغرم كل واحد مع ⁽²⁾ ما بعده إلى آخرهم . وقال يحيى بن عمر يغرم كل واحد ما يكون منه إلى ما يليه خاصة لا ⁽³⁾ يشارك أحداً من قبله ؛ وإن كان السد في المصالة خارجاً عن جميعهم ، فهو منهم ؛ وما حدث بين البساتين مما نزل من العين ، فإزالته علو من هو عنده إلى من بعده دون من قبله إذا لم يكن عنده سد ؛ وأرى إذا كان السد من سببهم ⁽⁴⁾ قسمت النفقة على قدر ما يرى ان لكل واحد فيه ؛ واختلف في قنوات الديار : قال سحنون الكنس على الأول حتى يبلغ الثاني ، ثم الأول والثاني حتى يبلغ الثالث ؛ ثم الجميع حتى يبلغ الرابع هكذا حتى الأخير ، وفيه خلاف ؛ وكنس قناة المطر على عدد الديار ، وقناة الاتفال على عدد العيال ؛ وإن كان سفلى وعلو وتجتمع الأنفلال في بئر السفلى والبئر شركة ، فالكنس على عدد الجماعة ؛ فإن كانت ملكاً لصاحب السفلى ⁽⁵⁾ فعلى صاحب السفلى عند ابن القاسم وأشهب ، لأنه ملكه كما يصلح السقف لصاحب العلو وعلى عدد الجاهم عند ابن وهيب لأنها اتفاهم ؛ واصلاح ما فسد من رقبة البئر على صاحب

(1) وله دفع : د ، وليدفع : ي .

(2) كلمة (مع) ساقطة في د .

(3) لا : د ، ولا : ي .

(4) سببهم : د ، ثلهم : ي .

(5) السفلى : د ، العلو : ي .

السفل ، لأنه ملكه ؛ وبئر السفل اصلاح ما يكنس فيه من المجرى عليهما ، لأنه
منهما ؛ وما نقص بسبب الدار أو من الرمل ، فعلى صاحب السفل ؛ فان امتنع
وتعطل ، أصلح صاحب العلو وهو أحق بمائه حتى يعطيه ما أنفق .

|

كتاب العارية

وفيها ⁽¹⁾ مقدمة وبابان،

المقدمة: في لفظها، العرب ⁽²⁾ وضعت لأنواع الإرفاق أسماء مختلفة، فالعارية لتمليك المنافع بغير عوض، وبعوض هو الإجارة؛ والرقبى إعطاء المنفعة لمدة أقصرهما عمراً، لأن كل واحد منهما يرقب صاحبه؛ والعمرى تمليك المنفعة مدة عمره، والعمر بضم العين وفتحها: البقاء. فهما أخص من العارية؛ والإفقار: عرية الظهر للركوب، مأخوذ من فقار الظهر وهي عظام سلسلته؛ والإسكان هبة منافع الدار مدة من الزمان، هذه أسماء الإرفاق بالمنافع. وفي الأعيان: الهبة: تمليك العين لوداد في مدة الحياة، احترازاً من الوصية؛ والصدقة تمليكها لثواب الآخرة ⁽³⁾ والمنحة هبة لبن الشاة، والعرية هبة ثمر النخل، والوصية تمليك بعد الموت، والعطاء يعم جميع ذلك؛ فهذه عشرة أسماء.

الباب الأول في أركانها وهي أربعة :

الركن الأول : المعير ، وفي الجواهر لا يعتبر فيه إلا كونه مالكاً للمنفعة غير محجور عليه في التبرع ، لأن العارية تبرع ، فتصح من المستعير والمستأجر ؛ وفي

(1) وفيها : د ، وفيه : ي .

(2) العرف : د ، العرب : ي - وهي الصواب .

(3) عبارة (هذه أسماء الإرفاق . . . تمليكها لثواب الآخرة) ساقطة في د .

الكتاب لا يعير العبد إلا بإذن سيده ⁽¹⁾ .

الركن الثاني : المستعير، وفي الجواهر لا يعتبر فيه الا كونه اهلا للتبرع عليه.

الركن الثالث : المستعار، وفي الجواهر له شرطان :

الشرط الأول أن يكون منتفعاً به بعد بقاءه، فلا معنى لاعارة الأطعمة ونحوها من المكيلات والموزونات، بل ذلك قرض لا يردها الا بعد استهلاكها، وكذلك الدنانير والدرهم؛ قال اللخمي إن أعارها لصير في ليقصده لزبون او لمدين ⁽²⁾ لتقف عنه المطالب فتظن به المالية يضمن، الا ان تقوم البينة على تلفها أو ردها؛ وان استعارها ليتصرف فيها ضمنها بالقرض ⁽³⁾، لأنها قرض؛ الا أن يقول أتجر فيها ولك الريح ولا خسارة عليك، فهو كما قال وفاء بالشرط اذا ادعى الخسارة فيما يشبه ؛ ولا يصدق في الضياع الا أن تقول وأنت ⁽⁴⁾ مصدق في الضياع أو يقول هي على حكم القراض إذا لم يكن ريح - قاله ابن القاسم وأشهب، وقال سحنون يضمن الخسارة؛ وعلى هذا يجري الجواب في عارية المكيل والموزون ، وفي الكتاب : من استعار دنانير أو فلوسا فهو سلف مضمون ؛ ومن حبس عليك مائة دينار لتتجر بها أمدا معلوما ضمنت نقصها كالسلف، وان شئت قبلتها أو رددتها فترجع ميراثا ⁽⁵⁾ .

الشرط الثاني: ان تكون المنفعة مباحة شرعا، فلا تعار الجواري للاستمتاع؛ ويكره استخدام الإماء، الا من المحرم ، أو النسوان أو غير البالغ الاصابة من الصبيان؛ ويمتنع استخدام أحد الأبوين بالعارية، بل تكون منافعتها لها حينئذ دون

(1) انظر المدونة م 6 - ج 15/170 - 171 .

(2) لمدة : د ، لمدين : ي .

(3) كالقرض : د ، بالقبض : ي .

(4) وأنت : د ، فأنت : ي .

(5) المدونة : م 6 - ج 15/169 .

ولدهما؛ ولا يعار العبد المسلم من الكافر ، قال اللخمي من صحح ملكه من الأقارب جاز استخدامه ، ومن لا فلا ؛ ومنافعه له⁽¹⁾ دون من وهبت له . وتجاوز عارية الأمة لمن حرمت عليه بوطء القرابة وللأجنبي المأمون المتأهل ، فان فقدت الأمانة أو التأهل امتنع ، لقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس بينه وبينها محرم⁽²⁾. فان نزل مضى وبيعت الخدمة من مأمون أو امرأة ان لم يقصد المعير عين المستعير ، ولو علم ان أمته تسلم لغيره لم يعرها ، فله الرجوع فيها .

الركن الرابع : ما تقع به العارية من قول أو فعل ، وفي الجواهر هو كل ما دل على نقل المنفعة بغير عوض؛ قال اللخمي وثم هبات متقاربة اللفظ مختلفة المعنى حُمِلَ بعضها على هبة الرقاب ، وبعضها على هبة المنافع ؛ فيحمل قوله أسكنتك وأخدمتك وأعمرتك على منافع المخدم والمسكن، ويحمل كسوتك هذا الثوب، وحملتك على هذا البعير أو الفرس على هبة الرقاب. وفي الجواهر اذا قال أعني بعلامك يوما وأعينك بعلامي يوما ليس بعارية بل إجارة، واحد العاملين أجرة الآخر ؛ واغسل هذا الثوب استعارة لبدنه ، وان كان شأنه الأجرة في عمله استحقتها .

الباب الثاني في أحكامها :

وهي مندوب اليها لقوله تعالى ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾⁽³⁾ ولقوله تعالى ﴿لَا

(1) كلمة (له) ساقطة في د .

(2) لفظ الحديث - حسب روايته من عدة طرق : لا يخل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر :

أن تسافر إلا مع ذي محرم .

أنظر الفتح الكبير 3/ 357 .

(3) الآية : 77 - من سورة الحج .

خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أُمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ
 أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ^(١) . كل معروف صدقة، وقيل في قوله تعالى
 ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾^(٢) أنه ماعون البيت، وقيل الزكاة لقرينة الذم؛ قال
 اللخمي وتحرم إذا كانت تستعمل في محرم، لقوله تعالى ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى
 الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٣) ، فلا تعار الدابة لمن يركبها لضرر مسلم^(٤) .

فرع:

قال الطرطوشي في تعليقه : العارية والرهن والأجير المشترك سواء في الضمان
 وعدمه ، فان قامت البينة فقولان - كان مما يغاب عليه أم لا ، والمذهب عدم
 الضمان ؛ وان لم يعلم الملاك الا من قوله، ضمن ما يخفى كالثياب اتفاقا ، وفيما لا
 يخفى كالحيوان قولان ؛ وضمن (ش) مطلقا، وعكس (ح) مطلقا ؛ ومنشأ
 الخلاف النظر^(٥) إلى خلوص المنفعة للمستعير فيضمن ، أو إلى أنها قبض بإذن
 المالك من غير عوض فلا يضمن، أو ملاحظة شبه الأصلين ؛ احتج (ش) بما في
 أبي داود أن صفوان بن أمية قال : قال لي عليه السلام بعد فتح مكة هل لك
 من سلاح أو أدرع^(٦) في غزوة حنين ؟ فقلت اغصباً يا رسول الله أم عارية ؟
 فقال عليه السلام بل عارية مضمونة مؤداة^(٧) ولقوله عليه السلام : على اليد
 ما أخذت حتى تؤديه^(٨) . واستعار بعض نسائه قصعة ففرمها - عليه السلام ،
 ولأنه قبض ليتفنع من غير إذن في إتلاف فيضمن كالغصب والسوم والقرض

(1) الآية : 114 - من سورة النساء .

(2) الآية : 7 - من سورة الماعون .

(3) الآية : 2 - من سورة المائدة .

(4) مسلم : د ، المسلم : ي .

(5) كلمة : (النظر) ساقطة في د - والمعنى يقتضيها .

(6) في ي : أو من أدرع .

(7) انظر سنن أبي داود 2/ 265 - 266 .

(8) المصدر السابق 2/ 165 .

وقبض البيع الفاسد⁽¹⁾؛ ولأن كل قبض لو كان من الغاصب أوجب الضمان ، فإذا كان من المالك يوجب ، لأن المستعير من الغاصب وهو يظنه مالكا؛ والمستام من المالك يضمنان ولا يرجعان على الغاصب كالغاصب ، بخلاف المستأجر والمستودع والموصى بخدمته لا يضمنون من المالك؛ وإن ضمنهم المالك إذا قبضوا من الغاصب ، رجعوا على الغاصب، لأنها ليست جهات ضمان ؛ بخلاف المستعير لا يرجع على الغاصب إذا ضمنه المالك، وهذه النكتة قوية جداً تقضي على مدارك عدم الضمان؛ ولأن اليد ان كانت يد ضمان ضمن ما لا يغاب عليه⁽²⁾ كالغاصب أولى ، فلا يضمن كالوديعة ؛ والجواب عن الأول أنه روي قلت يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة؟ فقال بل عارية مؤداة، فنفي⁽³⁾ عنها الضمان؛ وتحتل تلك الرواية أن تكون التزاما للضمان، لا إخباراً عنه فلا يتعدى لغيره ؛ وروي أنه كان ودیعة عنده لأهل مكة، وعارية للمالا يملك يضمن⁽⁴⁾؛ أو معناه مضمونة الرد احترازاً من الغصب، فإنه لم يلتزم رده ؛ ويحمل قوله مؤداة على نفس الدفع، ومضمونة على حمل مؤونة الرد من الأجرة وغيرها فلا تلغى إحدى العبارتين ؛ وفي الحديث فقدت بعض أدراعي ، فقال عليه السلام إن شئت ضمنها لك ؛ ولو كان الضمان صفة للعارية لم يعلق على مشيئته ، وإنما ضمنها حسن عشرة وترغيباً له في الإسلام؛ أو مضمونة إذا لم يثبت هلاكها، أو غير مضمونة إذا ثبت ؛ أو مضمونة ، لأنه أخذها بغير إذنه لمصلحة المسلمين، ولذلك قال أغصباً يا محمد؟ وعن الثاني ان على اليد يحتمل ضمان التلف وضمنان⁽⁵⁾ الرد ، والثاني متفق عليه ، فيحمل عليه ؛ لأن حمل كلام الشرع على المجمع⁽⁶⁾

(1) استلم السلعة : ساومها للشراء .

(2) كلمة (عليه) ساقطة في د .

(3) في ي : ونفى .

(4) في ي : وتضمن .

(5) في د : أو الرد .

(6) في ي : المجمع .

عليه أولى، ولأن⁽¹⁾ ضمان التلف يلزمه ضمان الرد من غير عكس ، فهو الثابت في جميع الضرر ، فيحمل عليه تكثيراً لفوائد كلام الشرع ، ولأن الضمير في تأديبه عائد على العين لا على القيمة . وعن الثالث أنه روي أنه كان فيها طعام فسقطت من يدها فانكسرت وهو موجب⁽²⁾ للضمان عندنا ، وقيل أهدتها إليه بعض أزواجه عليه السلام فاستلذ الطعام فغارت عائشة رضي الله عنها فكسرتها عمداً، أو يكون غرمها حسن عشرة . وعن الرابع ان الأجزاء في تلك الصورة مضمونة بخلاف العارية ، والغصب عدوان ، وبقية الصور تعويض بخلافها . وعن الخامس أنه ممنوع ، لأننا لا نضمن المستعير من الغاصب والمستوهب والمشتري إذا لم يعلموا وهلك بأمر سماوي ، وإنما يتبع المالك الغاصب ؛ وإن تلف بفعلهم وهم لا يعلمون ، رجع أيضاً على الغاصب إن كان مليئاً ، أو معدماً رجع عليهم ولا يرجعون عليه ؛ إنما يلزم هذا الخفية ، لأنهم يسلمونه ؛ ثم هي منقوضة بالأجزاء للمستعير من الغاصب يضمنها ومن⁽³⁾ المالك لا يضمنها ؛ ثم يضمنون⁽⁴⁾ المستودع من الغاصب بخلاف المالك . وعن السادس ان اليد أمانة من جهة الإذن وعدم العوض⁽⁵⁾ ، ويد ضمان من جهة أنه قبض لحق نفسه ، بخلاف الوديعة ؛ ففارق الغاصب بالإذن ، والبيع الفاسد والمستام⁽⁶⁾ بالعوض ، والوديعة بأنه ينتفع ؛ فقربت شائبة الضمان فيما يغاب عليه بالتهمة فضناه ، وشائبة الأمانة بظهر العين فلم نضمنه ؛ فالضمان وعدم الضمان لكل واحد من المجموعين لا باليد من حيث هي يد ، فلا يلزم من كون اليد غير مضمنة⁽⁷⁾ ألا يضمن ؛ وعنه عليه السلام ليس على

(1) في د ، أو لأن .

(2) في ي : يوجب .

(3) في ي : والمستوهب .

(4) في ي : ثم انكم تضمنون .

(5) في ي : وعدم الضمان .

(6) في ي : فلم يضمنه بالعوض .

(7) في ي : مضمنة .

المستعير غير المغل ضمان⁽¹⁾ يعني المتعدي من الغلول ، لأنه يقال غل وأغل؛ وبالقيااس على العبد الموصى بخدمته والعين المستأجرة ، وقيااساً⁽²⁾ للجملة على الأجزاء بجامع الاذن .

فرع

قال ابن يونس قال ابن القاسم ان ادعى الهلاك أو السرقة أو الحرق أو الكسر ضمن ، وعليه فيما أفسد فسادا يسيراً⁽³⁾ ما نقصه ؛ أو كثيراً ضمن قيمته كله لأن الأقل تبع للكثير ، إلا أن تقوم بينة ان هلاكه من غير سببه ، لأن الضمان كان للتهمة ؛ ومتى فرط ضمن ، فان استعارها بلجامها وسرجها ، فقال ضاعت بعدتها ، قال محمد ضمن السرج واللجام دونها، لأنها يغاب عليها .

فرع

قال قال ابن حبيب ان استعار بازيا للصيد فزعم أنه مات أو سرق أو طار ، صدق مع يمينه لأنه حيوان .

فرع

قال فإن اشترط الضمان في الدابة، بطل الشرط لمخالفته للعقد في الحيوان؛ الا ان يخاف ربها من لصوص في الطريق ونحوه، فيضمن ان هلكت فيما يغاب عليه والا فلا، ولم يضمنه أصبغ مطلقاً.

فرع

قال اللخمي العواري خمسة أقسام: ما لا بيان به كالديار، وما بيان به ولا

(1) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج 6 / 61 .

(2) في د : أو قيااس .

(3) في د : أفسد اليسير .

يغاب عليه كالسفن فغير مضمونين ؛ وما يغاب عليه وهو مستقل كالعبيد والدواب، فهل يضمن خلاف؛ وما يغاب عليه وليس مستقلا بنفسه كالثياب والحلي . والخامس المكيل والموزون فهما مضمونان ، فإن سقطت الدار أو بيت منها لم يضمن، ويصدق أنه ليس من فعله ويصدق في النقص بعد سقوطه ، لأنه لم يدخل على الضمان ؛ فان تبين أنه لم يهدم بنفسه لجذته ولا مطر ولا غيره مما يقتضي الهدم، لم يصدق انه انهدم بنفسه؛ ولو لم يهدم، فلا يصدق في تلف أبواب البيوت واغلاقها ؛ بخلاف باب الدار وحلقه ، لأنه ينال داخلها ويجهل ما حدث ؛ ويصدق في غرق السفينة وسرقها وأخذ العدو إياها فيما دون آلتها من المراسي والقلوع ونحوها ، الا أن يتبين صدقه أو كذبه ؛ والمشهور في العبيد والدواب عدم الضمان لاستقلالها ، وعن مالك يضمن ، لأن الغالب تصرف الإنسان بها ، وقيل لا يصدق فيما صغر لحفائه إذا غيب عليه ؛ فعلى الأول لا يضمن الدابة ويضمن سرجها ولجامها، ولا يضمن العبد ولا كسوته ، لأن العبد حائز لما عليه ؛ ويصدق في موته وفي تكفينه في الذي عليه ، ولا يصدق في زيادة يرجع بها، ولا في موت الدابة أو العبد في موضع لا يخفى ذلك فيه ؛ بخلاف هروبها، الا أن يدعيه بحضرة بينة فتكذبه وهم عدول لتبين كذبه، أو غير عدول لم يضمن ويحلف ؛ وان شهد عدل، حلف المعير أنه شهد بحق وأنه لم يذهب ذلك بحضرة ويغرم ؛ وعلى أحد قولي مالك أنه لا يحلف مع الشاهد إذا شهد فيما هو غائب عنه ، يحلف المستعير أنه لا علم عنده من صحة الشهادة ؛ والا ، قال ابن القاسم وأشهب إذا شرط أنه مصدق في الثياب ونحوها ، لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم، ولأن الأصل عدم الضمان ؛ وعلى قول سحنون فيمن أعطى لك مالا ويكون لك ربحه ولا ضمان عليك، يسقط شرطه بسقط الشرط ههنا؛ وقال ابن القاسم شرطه ساقط في الدابة ولا يضمن ، وقال

(1) كلمة (أنه) ساقطة في د .

أشهب عليه أجرة المثل فيما استعملها فيه ، ورآها اجارة فاسدة ؛ وعلى هذا ترد قبل الاستعمال ويجري فيها قول ثالث يخير المستعير قبل الاستعمال ان اسقط الشرط والا ردت؛ فان فاتت بالاستعمال لم يضمن شيئا لعدم دخوله على إجارة، وانما وهب المنافع؛ وقول رابع صحة الشرط، الا أن أحد قولي مالك أنه يضمن وقد دخلا عليه ؛ وإذا أحضر الثوب باليا فلا شيء عليه إلا ألا يحسن ذلك في تلك المدة، الا عن سرف في اللباس فيغرم الزائد على المعتاد ، إلا أن يعلم ان ذلك شأن هذا المستعير، فقد دخل عليه؛ ويضمن الخرق⁽²⁾ والخرق والسوس، لأنها إنما تكون⁽³⁾ على الغفلة، وإذا استعار السيف للقتال، فأتى به وقد انقطع ضمنه؛ الا أن تقوم بينة أنه كان معه في اللقاء، وضمنه سحنون إلا أن تقوم بينة أنه ضرب به ضربا يجوز له؛ وقال مطرف يصدق أنه أصابه مما استعاره له، وكذلك الفأس والعجلة ، ويصدق في الرحي إذا حفيت اتفاقا، لأنه شأن الطحن؛ قال صاحب النوادر ضمنه ابن القاسم في الفأس والسيف والمصحف ، ولم يضمنه أصبغ إذا أتى بما يشبه ؛ وعن ابن القاسم إذا باع رداءه ونقد الثمن وقال للمشتري اذهب للبيت آخذ علي شيئا وآتيك بالرداء ، مصيبته من المشتري .

فروع

قال صاحب النوادر قال مطرف إذا رد الدابة مع غلامه أو أجيده أو جاره فعطبت لا يضمن ، لأن ذلك شأن الناس وقاله (ح) ؛ ويصدق الرسول أنها تلفت⁽⁴⁾ أو سرقت كان مأمونا أم لا .

(1) الرواية كما قال الحافظ ابن حجر : المسلمون عند شروطهم ، أخرجه الطبراني عن رافع بن خديج .

انظر فيض القدير على الجامع الصغير 6/ 272 .

(2) كلمة (الخرق) ساقطة في ي .

(3) في ي : على .

(4) في ي : انفلتت .

فروع

في الجواهر لا يضمن المستعير من المستعير الا حيث يضمن المستعير من المالك ، والمستعير من الغاصب يضمن إذا تلفت العارية تحت يده .

فروع

في الكتاب إذا استعارها ليركبها حيث شاء ، فركبها إلى الشام أو إفريقية لا يضمن ان كان وجه عاريته ، والا ضمن لعدم الإذن⁽¹⁾. قال اللخمي قال أشهب إن كان ذلك من اسفاره فلا شيء عليه، قال وأرى إن كان شأن الناس التصرف في ذلك البلد ركوبا حملت عاريته على البلد حتى يذكر غيره ، والا حملت على الخروج ولا يبعد الا⁽²⁾ أن يكون عادة المستعير .

فروع

في الكتاب لما رجعت زعم أنه أعارك إلى دون ما ركبها أو بلد آخر ، صدقت مع يمينك ان ادعيت ما يشبه⁽³⁾ . لأن الأصل عدم التعدي وعليك كراء فضل ما بين الموضعين ، لأن الأصل عدم الإذن في الزيادة⁽⁴⁾ ، وكذلك اختلافكما في الحمل ؛ وان استعرت مهراً فحملت عليه بزا لم تصدق ، لأن العادة خلافه بخلاف البعير⁽⁵⁾ . قال صاحب النكت قبل يصدق في دفع الضمان والكراء جميعاً ، لأنه إذا صدق في أصل المنفعة فعوضها أولى والا⁽⁶⁾ تناقضت

(1) المدونة م 6 - ج 15 / 162 .

(2) كلمة (الا) ساقطة في ي .

(3) المدونة : م 6 - ج 15 / 171 .

(4) في ي : الزائد .

(5) المدونة : م 6 - ج 15 / 163 .

(6) جملة (فعوضها أولى) ساقطة في د .

الأحكام؛ والفرق بين هذه وبين مسألة ابن القاسم⁽¹⁾ في الرسول يكذب فيما أمره به المستعير من المسافة فيضمن المستعير الدابة إذا لم تقم بينة على ما أمر به الرسول ان المستعير لا يدعي الكذب من رب الدابة لعدم عمله بما قاله الرسول؛ وهنا انتما متداعيان فلا⁽²⁾ يصدق عليك⁽³⁾، فإن قامت بينة بما أمر به الرسول سقط ضمانك وضمن الرسول لتعديده؛ وإن أقر الرسول بالتعدي ولا بينة له على عقده مع الرسول، فهنا يغرم الرسول التعدي⁽⁴⁾؛ فإن كان معدماً، رجع عليك وترجع انت على الرسول لإقراره بالتعدي؛ وإذا لم يقر بالتعدي وضمنت، حلف المعير أنه عاقد الرسول على ما ذكر إن لم تكن بينة على العقد، وإلا فلا يمين على المعير؛ قال ابن يونس قال ابن القاسم يصدق المعير قبل الركوب مع يمينه في أصل المسئلة، لأن الأصل عدم الإذن؛ وقيل إذا هلك الدابة بعد يومين فقال أعرت يوماً وقلت يومين حلفتما جميعاً، لأن كليكما مدع على صاحبه الاذن وهو الغرم، ويلزمك كراء اليوم الثاني؛ لأن الاصل عدم الاذن فيه، ولا يلزمك الضمان، لأن الأصل عدمه؛ وإذا استعرت برسول إلى برقة، فقال المعير بعد ركوبك إنما اعرت إلى فلسطين، يمتنع شهادة الرسول لك؛ لأنه شهد على فعل نفسه، وتحلف أنت ولا تضمن؛ وتحلف هو وله ما بين الكراءين، لأن الأصل بقاء حقه في منفعه؛ قال ابن القاسم ولو قال له الرسول إلى فلسطين فعطبت معك في برقة وانت لا تدري إن أقر الرسول بالكذب ضمنها، وإن قال بل أمرتني وأكذبت لا يشهد عليك لأنه خصم، وتحلف ولا ضمان عليك. وفي كتاب محمد يضمن الا أن يثبت أنك أمرته ببرقة، والأول أصوب؛ قال أشهب ان شهدت لك بينة أن الرسول قال له إلى فلسطين، فله

(1) انظر في مسألة ابن القاسم في المسئلة م 6 - ج 15 / 171 - 172 .

(2) في ي : فلم .

(3) في ي : عليكم .

(4) كلمة (التعدي) ساقطة في د .

فضل الكراء بغير يمين لقيام البينة ؛ ولا ضمان عليك وتحلف ، لأنك تقول إذا دخلت على برقة فلم أتعذ ؛ وإذا أقر بالمخالفة ، ضمن الدابة دونك إن كانت مسافة برقة أشد في التعب ، وإلا فلا ضمان عليك ⁽¹⁾ ؛ لأن لك الذهاب بها إلى مثل ما استعرت .

فرع :

قال ابن يونس في المدونة : ادعت العارية وادعى الكراء صدق ، لأن الأصل عدم التبوع ، إلا أن يكون مثلك لا يكري ؛ قال أشهب إذا اختلفا في الحمل صدقت فيما يشبه مع يمينك ⁽²⁾ . قال اللخمي إذا اختلفا في الناحية خير المستعير في الركوب لما قاله المعير أو يتزل ، إلا أن يخشى رواحه إلى الناحية الأخرى فلا يسلم له شيء . قال ابن القاسم إذ استعار العبد أو الحر حلياً لأهله فهلك وجحد أهله إرساله ، وقد هلك قبل الوصول إليهم ؛ حلفوا ما أرسلوه ، لأن الأصل عدم إرسالهم ؛ وحلف الرسول إذا كان حراً لقد بعثوه وبروا بتصديق المعطي للرسول ، وإن صدقوه ضمنوا دونه ؛ وإن أقر الرسول بالتعدي وهو حر ضمن ، أو عبد ففي ذمته حتى يعتق إذا أفاد مالا ؛ ولا تكون في رقبته لإذن المعطي فلا جناة حينئذ ، وإن أقر الرسول بإيصاله لهم ، لم يضمنوا ولا هو ويحلفوا ؛ وقال أشهب إذا قال العبد أرسلني سيدي وسلمت إليه وأنكر السيد فهي في رقبته ، لأنه قد يتحيل على أموال الناس ؛ قال ابن القاسم : إن أقر السيد غرم لإقراره ، وإن أنكر ففي رقة ⁽³⁾ العبد لخديعته القوم وقاله مالك في الحر أنه ضامن ؛ قال وأرى أن كان الرسول معروفاً بالصلاح أو سديد الحال ، يحلف ويبرأ ؛ أو على غير ذلك والذي ادعى عليهم أهل خير ، حلفوا وغرم الرسول أن

(1) عليكما : د ، وما في ي أنسب .

(2) انظر المدونة م 6 - ج 15 / 172 .

(3) عبارة (لأنه قد يتحيل على أموال الناس . . . وإن أنكر ففي رقة) ساقطة في د .

كان من سببهم ومتصرفاً لهم ، وإلا فلا يحلفون .

فرع :

في الكتاب إذا استعارها للحنطة فحمل الحجارة فكل ما حمل وهو أضر بها منه فعطبت ، ضمن أو مثله في الضرر لم يضمن كعَدَس مكان حنطة ؛ ولو ركب مكان الحنطة وهو أضر ضمن ، وإلا فلا ؛ أو لركوب⁽¹⁾ فأردف من تعطب بمثله خير بين كراء الرديف فقط ، لأنه إذا أخذ أجرة المنفعة ، لا يأخذ الثمن للرقبة ؛ لثلا يجمع بين العوض والمعوض أو يضمنه قيمة الدابة يوم الإرداف ، لأنه يوم التعدي ؛ وكذلك إذا تجاوز المسافة فعطبت ، خير بين قيمة الرقبة يوم التعدي أو كراء التعدي فقط⁽²⁾ ؛ قال ابن يونس قال أشهب لا يلزم الرديف شيء وإن كان المستعير معدماً ، لأنه ركب بإذن مالك المنفعة بالعارية وذلك شبهة ؛ قيل هذا خلاف لابن القاسم بل عليه الكراء في عدم المستعير ، كالغاصب يهب سلعة قتهلك فيغرم الموهوب في عدم الغاصب ولهذا لم يعلم أنها مستعارة ، وإلا فهو كالمستعير تضمن أيها شئت لدخولها على التعدي ؛ قال بعض الشيوخ لم يراع كون المسافة التي تجاوز إليها يعطب في مثلها أم لا كما في الزيادة ، بل ضمنه مطلقاً وهما سواء ، ويضمن لعدم الإذن ؛ قال والفرق أن الحمل وقع الهلاك فيه بالماذن وغيره ، وفي المسافة بغير المأذون فقط ؛ يشكل هذا لقوله في الكتاب فيمن إذن في ضرب عبده عشرة فضربه أحد عشر يضمن أن خاف أن الزائد أعان على قتله⁽³⁾ .

قال وفي الكتاب إذا تجاوز المسافة نحو ميل ثم رجع ليردها لربها فعطبت في موضع الأذن ضمن ، لتقدم التعدي الموجب للضمان فلا يبرأ منه إلا بالتسليم ؛ وإن تجاوز إلى مثل منازل الناس فلا شيء عليه⁽⁴⁾ . وقال عبد الملك لا يضمن كقول مالك

(1) في ي : ولركوب .

(2) المدونة : م 6 - ج 15 / 162 - 163 .

(3) المدونة : م 6 - ج 15 / 164 .

(4) المصدر السابق م 6 - ج 15 / 171 .

في الوديعة ترد بعد السلف ثم تسرق فكذلك ردّها لموضع الاذن .

القاعدة : اسباب الضمان ثلاثة: الاتلاف كخرق الثوب والتسبب في الاتلاف كحفر البئر لوقوع الحيوان ، أو وضع يد غير مؤمنة كيد الغاصب والمشتري شراء فاسداً وهو خير من قولنا وضع اليد العادية ، فان هذه الايدي الأخر ما وضعت الا بإذن ، وهي قاعدة مجتمع عليها فتخرج عليها هذه الفروع .

فروع :

قال اللخمي إذا اختلفا في الرد صدق المعير مع يمينه عند ابن القاسم في كل مالا يصدق في ضياعه أخذه بينة أم لا ، لأن ما يصدق في تلفه كالدين في الذم . وقال عبد المالك يصدق الصانع في الرد إذا أخذ بغير بينة ، بخلاف التلف ؛ فعلى هذا يصدق في العارية وقد تقدم في كتاب الاجارة أربعة أقوال في الرد ، فلتطالع من هناك ؛ وإذا اختلفا في صفة العارية وقد ضاعت ، صدق المستعير مع يمينه ما لم يأت بما لا يشبه لأنه غارم ؛ وقال مالك إذا قالت المرأة استعملت الحلي زماناً طويلاً ونقص⁽¹⁾ ، تحلف ويحط ما يرى أنه نقص في تلك المدة .

فروع :

قال⁽²⁾ قال ابن القاسم في ضمان الرهن يوم الارتهان أو يوم الضياع قولان ، وتخرج العارية على ذلك ؛ والثاني احسن ، لأن اليد غير مضمنة فتجب القيمة لآخر يوم رآته البينة عنده لم ير عنده من يوم استعاره ، فقيمته يوم الاستعارة ؛ لأن المعير لا يصدقه في بقاءه عنده إن كانت قيمته أكثر ، والا فله الأخذ بالأكثر ، ويصدقه في البقاء الى اليوم ؛ ولو ثبت ان المستعير أهلك ذلك الثوب قبل لبسه ، لم

(1) في ي : ونقص ذلك - بزيادة (ذلك) .

(2) كلمة (قال) الثانية ساقطة في ي .

يغرم الا القدر الذي يبقى منه بعد لبسه مدة العارية ؛ لأن ما ينقص بالاستعمال لا يغرمه وقد استحقه بالعقد ، ولو باعه كان الثمن بينهما ، لأنه شريك بعقد العارية ؛ فان أهلكه المعير بعد قبضه منه ، فهل يغرم قيمته ويستأجر المستعير من القيمة مثل الأول أو يشتري مثله أو يغرم قيمة تلك المنافع قياساً على من أخدم أمة ثم أولدها وقيمة المنفعة أولى ، لأنها الفائتة على المستعير؛ فان أهلكها قبل القبض، فعلى قول ابن القاسم هو بمنزلة من قبض ، وعلى قول أشهب لا يغرم كالواجب يبيع الثوب قبل القبض ؛ فان أهلكها أجنبي فهما في القيمة شريكان إن كانت ثوباً ، لأنه مما ينقصه الاستعمال؛ فان كان لا ينقصه الاستعمال كالعبد، فلسيده جميع القيمة عند ابن القاسم ؛ وقال أشهب في الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر تجعل قيمته في مثله ، ويخدم بقية خدمته للأول ان كانت إلى أجل فأليه ، أو الي الموت فأليه ؛ وقال محمد في موصى له بغلة دار أو سكنها يهدمها رجل بعد موت الموصى عليه ما بين قيمتها قائمة ومهدومة تبني بها تلك الدار، ويكون الموصى له على أجله توفية بالوصية؛ وقيل يسقط حقه في البناء، لأنه عين أخرى غير الموصى بها .

فرع :

في الكتاب : أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس ، فلما فعل أردت اخراجه ،⁽¹⁾ ليس لك ذلك في مدة تشبه العارية ، إلا أن تعطيه ما أنفق⁽²⁾؛ وقال في موضع آخر قيمة ما أنفق ، والا تركته إلى ما يشبه عاريته⁽³⁾ فتعطيه قيمة البناء مقلوعاً ، لأنه دخل على القلع ؛ أو تأمره بقلعه الا أن يكون لا قيمة له ولا نفع

(1) في ي : اذا ليس - بزيادة (إذا) .

(2) الملونة م 6 - ج 15/164 - 165 .

(3) في ي : اعارته .

فلا شيء، لأنك لم تأخذ منه ما له⁽¹⁾ فيه غرض صحيح، وكذلك لو ضربت أجلاً فانقضى لكن ليس لك اخراجه ههنا قبل الأجل ؛ وان أعطيته قيمته قائماً توفية بالشرط ولو لم ين ولم يغرس ، ولو لم تضرب أجلاً كان لك، لأن التحديد يقوى مالك المنفعة وتعينه مراد لكما ؛ ولو سميت أجلاً ولم تسم ما بيني وما يغرس فلا تمنعه الا ما يضر بأرضك ، وله الخروج قبل الأجل وقلع بنائه وغرسه ، لأنه ما له، إلا أن تشاء أخذه بقيمته مقلوعاً إن كان ينتفع به بعد القلع، وإلا فلا يقلع ولا شيء له ؛ لأن ماليتَه تذهب بالقلع سفها ولم تفوت عليه مالا بالإبقاء⁽²⁾؛ وان أعرت⁽³⁾ للزرع فله حتى يتم ويتمكن من البيع بالطيب، وليس لك كراء من يوم رمت اخراجه ولا فيما مضى، إلا أن تعبر للشواب فهو كالإجارة؛ فان أعرتَه للبناء وسكن عشر سنين ولك البناء بعدها ، جاز إن يبتما صفة البناء ومبلغه وأجله ، لأنها إجارة ، وإلا امتنع ؛ وحيث امتنع وبني وسكن ، فله قلع بنائه ولك كراء أرضك لفساد العقد ولك اعطاؤه القيمة مقلوعاً ، وإلا ينقضه ؛ ويمتنع أن يغرسها شجراً وهو لك بعد الأجل، لأن الشجر لا يحدد فيعرف . قال صاحب النكت قوله وقال في موضع آخر يَحْتَمِل ثلاثة أوجه، أحدها أن يعطيه قيمة ما أنفق إذا أخرج الآجر والجير من عنده . وقوله ما أنفق إذا أخرج الثمن فاشترى به هذه الأصناف ، وثانيها قيمة ما أنفق إذا طال الأمد ، وتغير بالانتفاع وما أنفق إذا كان بالقرب؛ وعلى هذا لا يكون اختلافاً . وثالثها إن اعطاه ما أنفق أي عدة الدنانير والدراهم ، ولا يلتفت إلى الغبن اليسير وقيمة ما أنفق أي بغير غبن إلا ما يتغابن الناس في مثله ، فهو اختلاف ، والكل فيه⁽⁴⁾ محتمل. وقوله في عارية الزرع لا يخرججه حتى يطيب يريد ان القيمة لا تكون فيه، لأنه⁽⁵⁾ لا يباع ولا يريد ان فيه

(1) في ي : لك .

(2) في ي : بالانفاق .

(3) في د : أخرته - ولعله تحريف .

(4) كلمة (فيه) ساقطة في د .

(5) في د : ولا يباع .

القيمة إذا طاب بخلاف البناء والغرس ، لأنها يقيان في الأرض بخلاف الزرع فلا يأخذه؛ وقوله حتى يطيب مستدرك ، لأن الزرع لا يباع بعد الطيب حتى ييبس ؛ والفرق بين أخذ البناء بعد عشر سنين وبين منع بيع دار على أن تقبض بعد عشر سنين: إن البناء ههنا من حين كماله لك ، وإنما له السكن ، بخلاف البيع؛ ولو انهدم البناء ⁽¹⁾ في أيام السكنى ⁽²⁾ ، فهو منك أو قبل السكن رجع بقيمة بنائه عليك ؛ لأنه لما تعذر سكناه ⁽³⁾ رجع بالعوض ، أو بعد بعض السكنى ببعض القيمة بقدر ما لم يسكن ، ويستوي اشتراط السكن تلك المدة بعد البناء أو بعضها في أمد البناء، لأن أمد فراغه معلوم، فيصير الشرط لما بعده لتعذر السكنى. قال ابن يونس ليس لك اخراجه في البناء وإن لم يضرب أجل حتى يبلغ أمد مثله ، لأن العرف كالشرط؛ وقال أشهب لك اخراجه بعد فراغ البناء والغرس وإن قرب، لأنك لم تضرب أجلاً وهو فرط حيث لم يضره وتعطيه قيمة مقلوعاً أو تأمره بقلعة. وقال أيضاً لك اخراجه إذا احتجت لعرضتك أو بيعها تقدم شرطاً أم لا، لأن الضرورة مقدمة على المعروف؛ وإن كان بشروط وقع بينكما الحاجة، امتنع وفاء بالعقد السالم عن معارضة الضرورة؛ وحيث دفعه قيمته مقلوعاً فيعد أجرة القلع. قال أشهب إذا قلت في الدابة إلى موضع كذا أو إلى كذا وكذا يوماً أو حياتك، فليس لك الرجوع؛ وإن لم تزد على أعرتك، فلك الرجوع متى شئت لعدم تعين الزيادة؛ قال مالك كل من بنى بإذنك أو علمك فلم تمنعه ولا أنكرت عليه ، فله قيمته قائماً كالباني بشبهة ؛ وكذلك المتكاري أرضاً أو منحها أو بنى في أرض أمرته وأراضي بيته وبين شركائه بعملهم فلم يمنعه ، والباني بغير إذن ولا علم ، له القيمة مقلوعاً وهو قول المدنيين وقول أصحاب مالك ؛ قال ابن حبيب ولم يختلف قوله في ذلك ، قال مطرف إذا اشترط عليه إذا انقضى الأجل ، قلع

(1) عبارة (ههنا حين كماله لك ... ولو انهدم البناء) ساقطة في د .

(2) في د : السكن .

(3) في د : سكه .

بناءه وترك غرسه بطل الشرط نفياً للضرر ، وله قيمته قائماً إذا تم الأجل ؛ ولو شرط ان له القيمة قائماً امتنع ، لأنها إجارة بأجرة مجهولة ؛ فما بني فله الأقل من قيمة بنائه يوم فرغ، أو ما أنفق فيه ولك كراء الأرض مبنية من يوم سكن ؛ قال اللخمي العواري هبات تجوز معلومة ومجهولة وغرراً، وفي لزومها للمعير قسماً: قسم يلزم بالعقد ثم يعود إليه وهو ما ضرب فيه أجلاً وعمله معلوم، وما لا يضرب أجلاً ولا هو معلوم⁽¹⁾، قيل لا يجبر على التسليم ولك الاسترداد⁽²⁾، وبعد التسليم وان قرب قاله ابن القاسم لعدم تعيين الموهوب من المنافع ، وقيل يلزم الى مدة مثله قاله ابن القصار ، لأن العرف كالشرط ؛ وقال عبد الملك ما يتكلف فيه الإنفاق والمثونة وان قلت لا رجوع فيه نفياً للضرر، وإلا فلك الرجوع في مثل فتح باب إلا ان يكون المستعير باع داره وشرط للمشتري ما أذنت له فيه بعلمك فيلزم أبداً، واختلف إذا أذن له أن يغرس على مائه ففعل فقبل ليس له قطع ذلك الماء، لأنه كالهبة ما لم توقف أو تسميه عارية . وقال أشهب له الرجوع ، وإذا أذنت في إجراء نهر خلف حائطه أو ميزاب على الحائط فأضر بالحائط نفياً للضرر ، فان احتاج الحائط الى اصلاح له ، فعلى من كان ذلك بسببه ؛ وان انهدم وعلم صاحب الحائط بالفساد، لم يكن عليه شيء؛ وإن لم يعلم وعلم ذلك الآخر كان بناؤه عليه، فإن جهلاً جميعاً جرت على قولين كالمخطيء فيما اذن له فيه ، وأن يضمن أصوب .

فروع :

في النوادر: كل من بنى في أرض غيره بإذنه أو بعلمه ولم ينكر عليه أو بشبهة من الشبه، أو غرس فله قيمة ذلك قائماً وإلا فنقض؛ غير ان مالكاً قال إذا أسكنته دارك وأذنت له أن يجدد فيها حجراً فليس له بعد المدة إلا النقص إلا أن تعطيه قيمته منقوضاً لدخوله عند الأجل على النقص.

(1) عبارة (وما لا يضرب أجلاً ولا هو معلوم) ساقطة في د .

(2) في ي : وكذلك الاسترداد .

نظائر : قال العبدى يؤخذ البناء بقيمته مقلوعاً في ست مسائل : البناء في أرض مغصوبة أو عارية أو بكراء أو أرض زوجته ، أو شركاء أو ورثة ، بنى في ذلك كله بأمر ام لا عند ابن القاسم ؛ وعند المدنيين ان بنى بأمره فالقيمة قائماً ، وإلا فقلوعاً، وقد تقدم قبل هذا الفرع نقل آخر في هذا المعنى .

نظائر : قال يلزم الضمان الا أن تقوم بينة في ست مسائل: عارية ما يغاب عليه ، والمبيع بالخيار فيما يغاب عليه ، ونفقة الولد عند الحاضنة ، والصداق مما يغاب عليه وادعت المرأة تلفه ووقعت فيه الشركة بالطلاق، والمقسوم من التركة بين الورثة ثم انتقضت القسمة بدين أو غلط وقد تلف وهو مما يغاب عليه ومسئلة الصنّاع في الإجارة .

فرع :

في الكتاب : إذا استعار عشر سنين فورثته بمثلته قبض أم لا⁽¹⁾، لأنه حق له بالعقد ؛ وقال (ح) و (ش) للمُعير الرجوع ولو قبض المستعير الدار ، لأن المنافع معدومة ، فهي كهبة لم تقبض على أصلهم ، ونحن نمنعهم الحكم في الموضوعين ، وسيقرر ذلك في الهبة ان شاء الله؛ فان مات المعير قبل القبض ، بطلت العارية كالهبة .

القاعدة : لا ينتقل للوارث خيار البيع والرد بالعيب والأخذ بالشفعة والمطالبة بنبي الضرر عن الأملاك ولا تنتقل إليه الوكالة ولا الإيلاء ولا اللعان ولا النكاح ولا خيار اشترطه له المتبايعان، فليس كل الحقوق تنتقل ، بل الضابط : أن ما كان مالا أو متعلقا بالمال انتقل ؛ لأن الوارث يرى المال فورث متعلقاته ، وكل ما هو متعلق بالنفس كالنكاح ، أو بالعقل والرأي كخيار اشترطه له المتبايعان؛ والوكالة فلا ينتقل، لأن جسمه وعقله ورايه لا يورث ؛ فالعلم بهذه القاعدة يوضح

(1) المدونة م : 6 - ج 15 / 167 .

لك هذه المواطن .

فرع :

في الكتاب من أعمرتة دارك حياته رجعت بعد موته اليك⁽¹⁾ ، قال صاحب الاستذكار هذا مذهب مالك وأصحابه ؛ وكذلك إذا قال لك ولعقبك ترجع له ولمن يرثه ، وإنما يملك عند مالك وأصحابه بلفظ العمرى والسكن والاعتماد والاستغلال والاعمار بالمنافع دون الرقاب ؛ وقال الأئمة يملك الرقاب في العمرى قال لعقبك أم لا ، لما في الموطأ قال عليه السلام أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه ، فإنها للذي يعطاها لا ترجع للذي أعطاها أبداً ، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث ؛ وفي أبي داود العمرى جائزة لأهلها ، والرقبى جائزة لأهلها . وفي مسلم أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فانه من أعمر عمرى فبنى للذي أعمرها حياً وميتاً ولعقبه ، ولا أثر لذكر العقب قد يموت قبله . والجواب عن الأول أنا نقول بموجبه ، فإنها لا ترجع إلى الذي أعطاها أبداً ما دام من عقب المعطى أحد ، وكذلك قال الداودي ؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث ، فإن هذه الزيادة من قول الراوي فعلل بالموارث وجعلها المانعة ونحن لا نغيره ما دام ميراث من العقب ؛ ويوضحه الا تعود ، فعل في سياق النفي هل يعم أم لا خلاف بين الأصوليين ؛ وإن سلمنا العموم ، فهو في الأزمان المستقبلية ، والعام في حقيقته مطلقاً⁽²⁾ وفي أحوالها على ما تقرر في أصول الفقه ، والمطلق تكفي فيه صورة فنحمله على حالة عدم الوارث من العقب فيسقط الاستدلال به فيما عداه ، لأن ذلك شأن المطلقات . وعن الثاني القول بالموجب أيضاً ، فإن الجواز ثابت ، إنما الخلاف في الرجوع ؛ وعن الثالث القول بالموجب أيضاً⁽³⁾ فانهماله ولعقبه حياً وميتاً ، إنما الخلاف بعد العقب . ثم

(1) المدونة : م : 6 - ج 68 / 15 .

(2) في د : حقيقة مطلقة .

(3) كلمة (أيضاً) ساقطة في د .

يتأكد ما ذكرناه بما في الموطأ قال القاسم بن محمد لما سئل عن العمرى فقال ما أدركت الناس إلا وهم عند شروطهم في أموالهم، وورد عليه ان أراد الغالب فليس حجة مطلقاً، فكيف تدفع به السنة أو اجماع المدينة ، فقد خالفه جمع كثير منهم ؛ وقضى بها طارق بالمدينة ، وقال إبراهيم بن اسحق الحربي عن ابن الأعرابي لم يختلف العرب في العمرى والرقبى والإفقار والاحمال والمنحة والعريه والعارية والسكنى والاطراق انها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ، والخصم يدعى ان الشرع نقلها ، والأصل عدم النقل ؛ لأن تملك الرقاب متى اشترط فيه التأقيت فسد كالبيع ، وههنا لم يفسد فيصرف إلى المنافع لأنها لا يفسدها التأقيت ؛ بل شرط في بعض صورها ، والخصم يدعي أن الشرع أبطل التأقيت تصحيحاً للملك ، ونحن ندعي ان الشرع اعتبره ؛ والإبطال على خلاف الدليل فيكون مذهبنا أرجح لغة وشرعاً ، ولأن التبرع على خلاف الأصل خالفناه في المنافع فيبقى في الرقاب على مقتضى الأصل تعليلاً للمخالفة .

فائدة : قال صاحب التنيهاة العارية بتشديد الياء والعمرى بسكون الميم من العمر ، والرقبى بضم الراء وسكون القاف مقصورة ، لأن كل واحد منهما يرقب صاحبه ؛ وتفسد الرقبى من جهتين ، وتصح من جهة واحدة نحو قوله في عبده فان مت فاخدم فلاناً حتى يموت ثم انت حر ؛ لأنه كالتعجير ووصية بعده بالخدمة وعق إلى أجل ، وتفسد إذا كانت المراقبة من الجهتين لكونها خارجة عن الوصية والعق إلى أجل ؛ وإذا كانت قبالة الدار دار أخرى من الجهة الاخرى لكونها معاوضة فاسدة . ووافقنا (ح) في الرقبى ، وجوز (ش) وأحمد القسمين الأولين ولم يبطلا إلا المعاوضة في القسم الأخير .

فرع :

في الكتاب العمرى في الرقبى والحيوان ولم أسمع ذلك في الثياب وهي ^(١)

(1) في د : وهو .

عندي على ما أعطاه من⁽¹⁾ الشرط، وتمتنع الرقبى وهي ان تكون دار بينكما فتحبسناها على أن من مات منكما أو لا فنصيه حبس على الآخر للغرر ؛ وكذلك العبد بينكما تحبسناه على أن من مات أولاً فنصيه يخدم آخرهما موتاً ثم يكون حراً ويلزمها العتق إلى موتها ؛ ومن مات ، خدم نصيه ورثته دون صاحبه ؛ فإذا مات آخرهما ، عتق نصيه وكل واحد بصرفه في ثلثه ؛ كمن قال إذا مت فعبدني يخدم فلاناً حياته ثم هو حر، ولو قال عبدي حر بعد موت فلان فهو من رأس المال؛ لأنه تصرف في الصحة والتعليق على الموت يعد واقعاً عنده ، لأن الشروط اللغوية أسباب والمسبب عند السبب فتختص بالثلث كالوصايا⁽²⁾ . قال ابن يونس إذا⁽³⁾ إذا أعمره وعقبه لا يرجع إليه ، لحديث الموطأ المتقدم فيكون موقوفاً عليهم ما دام أحد من العقب حياً ؛ ولا فرق في التعمير بين إسكانه عمره أو عمر فلان أو ألي قديم فلان وتجري الموارث له ولعقبه في النفع دون الأصل . قال اللخمي إذا قال من مات منا فنصيه حبس على الحي ، فعلى القول ان⁽⁴⁾ يرجع الحبس على المعين ملكاً يبطل هذا ويصنعان بالدرما أحباء؛ وعلى القول انه يرجع حبساً تبطل السكنى خاصة وتكون ملكاً لها حتى يموت آخرهما فتكون على مرجع الأحباس .

تنبيه : إذا أسكنه هل ملكه المنفعة أو ملكه ان يتنفع كما ملك الشرع الانتفاع بالمساجد والربط والمدارس والطرق، فله المعاوضة عن المنفعة في القسم الأول دون الثاني ؛ والجواب أن ابن أبي زيد نقل في النواذر ان له في الوصايا إذا أوصى لرجل بغلة مسكن ولآخر⁽⁵⁾ بمسكن آخر، لكل واحد ان يسكن

(1) في ي : في .

(2) المدونة : م 6 - ج 15 / 168 .

(3) في ي : ان .

(4) في د : أن مرجع .

(5) كلمة (ولآخر) ساقطة في د .

وأن^(١) يستغل ، وهو دليل على أنه ملكه المنفعة .

فرع :

في^(٢) الجواهر إذا قلت أجرت لك وقال الراكب أعرت، صدق مع يمينه إلا أن يكون شأنه عدم الكراء لعلو قدره؛ وكذلك لو قلت غصبتنيها.

فرع :

في المقدمات أجرة حمل العارية على المستعير ، لقوله عليه السلام لصفوان في الأدرعة اكفنا حملها^(٣)، فدل على أن الحمل عليه ، واختلف في أجرة الرد فقل عليه لوجوب التسليم عليه^(٤)، وقيل المعير لأنه صنع معروفاً فلا يأخذ عليه أجراً^(٥)؛ ومنفعة الرد تختص به بخلاف النقل إلى المستعير.

فرع :

قال من حق المستعير الإشهاد على الرد وإن قبضها بغير إشهاد ، بخلاف الوديعة ، لأن العارية مضمونة بخلافها .

فرع :

قال الأبهري إذا مات العبد المخدم قبل انقضاء الخدمة، ماله لصاحب الرقبة أو لورثته؛ وإذا قتل، فقيمتة لسيده وأرش جراحه، لأنه مالك للرقبة؛ فإن جنى قبل

(1) في ي : ويستغل .

(2) هذا الفرع بكامله ساقط في ي .

(3) مر تخريجه .

(4) كلمة (عليه) ساقطة في د .

(5) انظر المقدمات 2/ 274 .

الخدمة ، قيل للمخدم افده حتى تخلص لك الخدمة فان الجناية تتعلق بالعبيد ؛ فان امتنع فقد أسقط حقه من الخدمة، وبخير السيد بين اسلامه وافتتاكه على قاعدة جناية العبيد .

فرع :

قال الأبهري ان أعمر أمة امتنع وطؤها، لثلا يبطل وطء السيد الإعمار بأن يصيرها أم ولد بوطئه والمعمر ليس مالكا للرقبة فتحرم عليها .

فرع :

قال إذا أعمر⁽¹⁾ عبداً فنفقته حياة المعير⁽²⁾ عليه، لأنه المنتفع؛ وعن مالك إذا حبس على أم ولده خادماً فنفقته على الورثة، وابن القاسم وأشهب على قوله الأول؛ وإذا أوصى بخدمته سنين فأولها يوم موته، لأن الوصية إنما تعتبر بعد الموت.

فرع :

قال ولد المخدم من أمته بمنزلته، يخدم معه كما يدخل في كتابته وتديره؛ وان قتله سيده خطأ فلا شيء عليه، لأنه لا يضمن لنفسه؛ أو عمداً فعليه قيمته لمن أخدمه في السنين التي أعمر فيكرى له عبد منها يخدمه، فإن لم تف لم يكن عليه شيء؛ وإن زادت فللسيد ، لأنه قد وفى بالخدمة ؛ قال والصحيح عندي أن يكون الخطأ كذلك ، لأنه أفسد خدمته خلافاً لقول مالك المتقدم؛ فإن أعتق نصف المخدم عتق كله ، لقوة العتق في نظر الشرع ، واستؤجر من قيمة النصف كما إذا قتله؛ وولد المخدمة معها يخدم ، فإن ماتت بقي ولدها يخدم .

(1) في ي : اعمرت .

(2) جملة (حياة المعير) ساقطة في د .

فرع :

في الجواهر حكم العارية اللزوم ، ومتى كانت إلى أجل معلوم أو كان لها قدر معلوم كعارية الدابة الى موضع كذا ، والعبد يئني كذا أو يخطط كذا ، فهي لازمة؛ فإن لم يضرب أجلاً ولا كان لها مدة القضاء لزمّت بالقول والقبول وبيقيها مدة انتفاع مثلها عند استعارتها ؛ وخالفنا الأئمة وقالوا لا يجب التسليم ولا التمادي بعده ، لأن المنافع معدومة ؛ فهي كهبة لم تقبض على أصلهم في الهبة، وسيأتي تقريره في الهبة ان شاء الله؛ والعارية مقيسة عليها ، وقال أشهب المعبر بالخبّار في تسليم ذلك، وإن سلمه، كان له الرد وان قرب؛ قال أبو الفرج وأرى⁽¹⁾ أن وجوبها بالقول دون الاقباض إنما فيما عدا الأرضين⁽²⁾ .

(1) في ي : ارى .

(2) في ي : الأصلين .

كتاب الهبة والصدقة

قال صاحب المقدمات : لا تفترق الصدقة والهبة إلا في حكين :
الاعتصار ، وجواز الرجوع بالبيع والهبة ، فلا يصح ذلك في الصدقة إلا أن
تكون على ابن صغير ثلاث روايات : المنع إلا لضرورة نحو كونها أمة فتبعتها
نفسه ، أو يحتاج في أخذها لحاجته - وهو ظاهر المدونة ، وثانيها يجوز الرجوع فيها
بالبيع والهبة من غير ضرورة دون الاعتصار ، وثالثها الرجوع بالبيع والهبة
والاعتصار قياساً على الهبة⁽¹⁾ ؛ والفرق بين حقيقتيهما ان الهبة للمواصلة
والوداد ، والصدقة لابتغاء الثواب عند الله تعالى ؛ وإذا تقرر اشتراك الصدقة
والهبة فيما عدا هذين الحكين فليكن الكلام عليهما واحداً ، والنظر في الأركان
والشروط والأحكام ، فهذه ثلاثة أنظار :

النظر الأول : في الأركان ، وهي أربعة :

الركن الأول : الواهب ، شرطه أهلية التبرع وعدم الحجر . وفي الكتاب
تمنع هبة الأب من مال ابنه الصغير⁽²⁾ ، لأن الله تعالى منع التصرف إلا بالتي هي
أحسن، وكل من ولي أمراً لا يتصرف فيه إلا بالتي هي أحسن ، لقوله عليه السلام

(1) انظر المقدمات ج 2 / 413 - 414 .

(2) المدونة م : 6 - ج 15 / 118 .

من ولي من أمور الناس⁽¹⁾ شيئاً فلم يجتهد لهم ولم ينصح فالجنة عليه حرام⁽²⁾. فإن تلف الموهوب بهبته ضمنه ، وإذا تزوجت الجارية ولم تدخل فلا تجوز صدقتها ولا هبتها في ثلث ولا غيره حتى تدخل وتكون رشيدة في ثلثها؛ وليس بعد الدخول حد مؤقت ، وحدها الدخول بان كانت تصلحه لما لها؛ قال ابن يونس قال ابن عبد الحكم البكر البالغ عليها ولي يبطل صنيعها في مالها ، وإن لم يول عليها ، جاز صنيعها من بيع وشراء دون العتق والصدقة والعطية؛ وجوز سخون جميع صنيعها ما لم يول عليها ، لأن البلوغ مظنة الرشد . قال مالك إذا تصدقت البكر على أبويها ثم تزوجت ودخلت ، لها ردها ، لأن تصرفها غير نافذ⁽³⁾؛ قال ابن نافع ولو أقامت بعد البناء سنين فقالت ما علمت أنه لا يلزمني لها الرد، لأن مثل هذا مما يجهله النساء وتحلف ؛ قال مطرف ولو أجاز الزوج⁽⁴⁾ ما صنعت قبل الدخول لم يجزىء لأن الحجر لعدم الأهلية لا لحقه؛ وإن ماتت البكر ولم ترد أو لم تعلم ، لورثتها الرد ما لم تجزه بعد الرشد ، أو تتركه رضى ؛ ولو مات العبد الذي أعتقت، لم يورث إلا بالرق ولا يورث حراً لبطلان العتق⁽⁵⁾ .

فرع :

في الكتاب إذا وهب الذمي للذمي فلم يدفعها له حتى بدا له ذلك لعدم الحوز ، وقد قيل ذلك للمسلم فكيف الذمي⁽⁶⁾؛ قال ابن يونس قال ابن القاسم ان

-
- (1) في ي : امتي .
 - (2) أخرجه الطبراني بلفظ : من ولي شيئاً من امر المسلمين ، لم ينظر الله في حاجته حتى ينظر في حاجتهم وينصح .
 - انظر قبض القدير على الجامع الصغير ج 6 / 238 .
 - (3) في ي : صدقتها غير نافذة .
 - (4) كلمة (الزوج) ساقطة في د .
 - (5) في ي : عتقه .
 - (6) اختزل المؤلف نص الكتاب انظر المدونة : م 6 - ج 15 / 22 = 1 - 123 .

كان أحدهما مسلماً قضى بدفعها تغليباً لحكم الإسلام ، وضعف أشهب صدقة الذمي وإن كانت على مسلم إن كان من أهل العنوة . قال صاحب التنيهاث قوله في الذمي لا يحكم عليه قيل معناه إذا لم يترافعوا إلينا ، ولو تراضوا⁽¹⁾ لحكمنا بحكم الإسلام ، وقيل وإن ترافعوا، قياساً على العتق وليس من باب التظام⁽²⁾ .

فروع

قال اللخمي الحرة محجور عليها إذا تزوجت فيما يزيد على الثلث ، لقوله عليه السلام ننكح المرأة لأربع: لدينها ونسبها ومالها وجمالها، فعليك بذات الدين تربت يداك⁽³⁾ . وجوز لها الثلث كالمريض، ولو تصدقت بثلث⁽⁴⁾ ثم بثلث الباقي ، وبعد ما بين الصدقتين أمضاه محمد نظراً للبعد، فكأن الباقي مال لم يتصدق منه؛ وقال عبد الوهاب ليس لها بعد ذلك في ذلك المال عطية إلا أن تفيد مالاً آخر، قال وهو أحسن ، فإن قرب ما بينهما نحو اليومين بطل الجميع ، لأنهما كالعقد الواحد ؛ ونصف سنة مضى الجميع ؛ أو نحو الشهر مضى الأول فقط قاله أصبغ . قال وأرى أن يمضي الأول وإن قرب⁽⁵⁾ الثاني ، لأنه في أمر الثاني على شك هل هو رأي حدث أو كانت معتقده أولاً ؛ مع أن الصواب في العطية الواحدة إذا جاوزت الثلث رد الزائد إلا أن تفيد مالاً ، ولو قيل لها أن تعطي جميع الفائدة صح ، لأن الفائدة لم تخطر ببال الزوج عند العقد ، ولا زاد في الصداق لأجله ؛ وقد يكون له مقال إذا كان ذلك ميراثاً عن أبيها وزاد في الصداق ليسار أبيها ، فإن تحملت حمالة بأكثر من الثلث منع لأنه هبة؛ وجوزه عبد الملك بعدم تعيين البلوغ، لا سيما إذا كان المضمون موسراً؛ فإن لزمها الصوم لعدم النضوض أو لغيرته،

(1) في ي : ترافعوا .

(2) المدونة م : 6 - ج 122/15 - 123 .

(3) أخرجه الجماعة إلا الترمذي ، انظر منتقى الاخبار بشرح نيل الأوطار 6/112 - 113 .

(4) جملة (بثلث ثم) ساقطة في ي .

(5) في د : يث .

رجعت متى تيسر⁽¹⁾ الأخذ، فإن كان فقيراً جاز من الثلث وسقط الزائد .

فروع

قال الأبهري قال مالك إذا تصدق المريض ثم صح لا رجوع له ، لأن الحجر لقيام المانع وقد ذهب ، لا لعدم الأهلية بخلاف غير البالغ .

الركن الثاني : الموهوب له⁽²⁾ وشرطه قبول الملك .

الركن الثالث : الموهوب ، ففي الجواهر هو كل مملوك يقبل النقل مباح في الشرع - كان معلوماً أو مجهولاً؛ فتصح هبة الآبق والكلب والمرهون، ويجبر الواهب على افتكاكه لجنائه على ما يقوم مقام الدين ؛ وقيل لا يجبر على التعجيل إذا حلف أنه لم يرد التعجيل ، ويخير المرتهن بين ترك الرهن فتمضي الهبة أو تبقيته إلى الأجل؛ فإذا حل والواهب موسر، قضى الدين وأخذ الموهوب له الرهن - جمعا بين المصالح ؛ وإن كان يجهل أن الهبة لا تتم إلا بعد التعجيل بالدين⁽³⁾، حلف على ذلك ولم يجبر على التعجيل قولاً واحداً، أو تصح هبة الدين كرهته وقبضه هبة كقبضه رهناً مع اعلام المديان بالهبة .

فروع

في الكتاب : تجوز في قسط من زيت جلجارك هذا أو تمر نخلتك قابلاً ويلزمك عصره ، لأنك التزمته بالعقد⁽⁴⁾، ويمتنع أن تعطيه من زيت غيره خشية التأخير في الطعام ؛ ولتوقع تلف جلجارك فهو غرر أيضاً⁽⁵⁾ . قال ابن يونس في

(1) في د : تبين .

(2) كلمة (له) ساقطة في د - والمعنى يقتضيها .

(3) في د : تعجيل الدين .

(4) في ي : بعد العقد .

(5) المدونة م 6 - ج 15 / 118 - 119 .

كتاب محمد عصره عليها بالخصاص على ما يخرج، وإن لم يخرج إلا الموهوب فكله على الموهوب ، لأن العقد أوجب عليك زيتاً لأعصره . قال اللخمي إذا دفع له ⁽¹⁾ من دهن آخر قرصاً جاز ، فان هلك الجللان قبل ان يستوفي منه رجع على الموهوب ، وان اشتراه بدهن آخر صح ؛ لأنه مناجزة أو بدهن ليأخذه بعد العصر ، امتنع للنساء فصار له ثلاث حالات يجوز اثنان وتمتتع واحدة .

فرع

في الكتاب : إذا وهبت نصيباً من دار لم تسمه فسرته بما شئت أو ورثتك من الدار لا تدري كم هي صح، أو عبدك المأذون وقت اغترقه دين جاز ؛ أو عبداً جانياً وانت عالم بجنانيته لم ينقذ إلا أن تتحمل الجناية ، لأنك تخير بين الفك والتسليم، فهبتك اختيار للفك؛ فان امتنعت حلفت ما أردت تحملها والجنانية ⁽²⁾ أولى، لأنها في رقبته متقدمة؛ قال ابن يونس قال ابن القاسم إذا تصدق بميراثه ثم قال كنت أظنه أقل من هذا ، حلف إن ظهر صدقه ؛ فان كان عارفاً بمورثه ويسره نفذ ذلك عليه، وان لم يعلم مبلغه لدخوله على ذلك . وقال ابن عبد الحكم ينفذ وان ظهر انها كثيرة، وقال ابن القاسم اذا تصدق بما يرث على ابنه ⁽³⁾، لا أقضي عليه بذلك وهو لا يدري ما يرث؛ قال أصبغ إذا قال تصدقت بميراثي وهو كذا من البقر وكذا من الإبل والرقيق والعروض وفي التركة بساتين لم يذكرها، له ما نص دون ما سكت عنه. قال اللخمي أراد إذا ظهر له خلاف ما أعطى يختلف حاله: فإن كان يرى أن للموروث داراً يعرفها في ملكه فأبدها الميت في غيبته بأفضل، فله رد الجميع إذا قصد تلك الدار؛ وان خلف مالا حاضرا ثم طرأ له مال ⁽⁴⁾، لم يعلمه، نفذ ما علمه خاصة؛ وان كان جميع ماله

(1) في د : له .

(2) في ي : أو الجناية .

(3) في ي : ابيه .

(4) في ي قال بعد ذلك - بزيادة (بعد ذلك) .

حاضراً أو كان يظن ان قدره كذا فتبين أنه أكثر فهو شريك بالزائد .

الركن الرابع : السبب الناقل ، وفي الجواهر هو صيغة الايجاب والقبول الدالة على التملك بغير عوض أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل قياساً على البيع ، ولان مقصود الشرع الرضى ، فأى دل على مقصود الشرع اعتبر ، لقوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه⁽¹⁾ . مفهومه : إذا طابت نفسه حل ، قال ابن يونس سألك أن تهبه ديناراً فقلت نعم ثم بدا لك ، قال مالك لك ذلك .

تنبيه : مذهب الشافعي القبول على الفور ، وظاهر مذهبنا يجوز على التراخي لما يأتي بعد ذلك من إرسال الهبة للموهوب قبل القبول ؛ و(ش) يقول لا بد من توكيل الرسول في أن يهب عنه ، ولم يشترط ذلك مالك ؛ وقد وقع لأصحابنا ان للموهوب التروي في القبول وسيأتي ذلك في الفروع .

النظر الثاني : في شرطها وهو الحوز

وقاله الأئمة كما قلنا في الهبة والصدقة والهدية ، وأصله ما في الموطأ أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه وهب ابنته عائشة رضي الله عنها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغاية ، فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليّ غنى بعدي منك ، ولا أعز عليّ فقراً بعدي منك ؛ وإني كنت نخلتك جاد عشرين وسقاً ، فلو كنت جدديته واحتزتيه كان لك ؛ وإنما هو اليوم مال وارث ، وإنما هما أخاك وأختك فاقسموه على كتاب الله تعالى ؛ فقالت والله يا أبت لو كان كذا وكذا لتركته ، إنما هي أسماء فمن الأخرى ؟ فقال ذو بطن بنت خارجة⁽²⁾ .

(1) أخرجه أبو داود ، انظر الفتح الكبير 3/ 359 .

(2) الموطأ رواية يحيى ص 533 - حديث (435) .

فوائد : قال صاحب المتقى قال عيسى جاد عشرين وسقا أي جداد فتكون⁽¹⁾ هبة للثمرة أي وهبتك عشرين مجدودة ، وقال الأسمعي أي نخلا يجد منها ذلك ؛ فتكون صفة للنخل أي وهبتك نخلا تجددين منه ذلك⁽²⁾ . قال صاحب الاستذكار فيه تفضيل بعض الولد، وإن الحوز شرط وجواز هبة المشاع . قال صاحب البيان جاد عشرين وسقا بتشديد الدال أي ما يجد منه ذلك العدد، والوسق بكسر الواو⁽³⁾ : الاسم وبالفتح المصدر .

سؤال : كيف يخبر عن صفة حمل امرأته وانه انثى⁽⁴⁾، وفي مسلم خمس لا يعلمهن إلا الله وتلا عليه السلام ﴿إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنَزِّلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ﴾⁽⁵⁾ . جوابه : الذي اختص به الله تعالى هو علم هذه بغير سبب محصل⁽⁶⁾ للعلم، والصدوق رضي الله عنه قيل علم ذلك بسبب منام رآه ، فلا تنقاض؛ قال صاحب المقدمات إنما كان الحوز شرطاً في العطاء خشية أن يتفجع الإنسان بماله عمره ثم يخرج عن ورثته بعد وفاته ، وقد توعد الله تعالى من يتعدى حدود الفرائض فقال : ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ نُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ، وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ نُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾⁽⁷⁾ . وفي المسألة أربعة أقوال : لا

(1) في د : فيظن .

(2) انظر المتقى 94/6 .

(3) بكسر السين - وهو تصحيف ظاهر .

(4) جملة (وانه انثى) ساقطة في د .

(5) الآية 34 من سورة لقمان .

(6) في د يحصل .

(7) الآية 13 - 14 من سورة النساء .

(8) انظر المقدمات 411/410/2 .

يشترط الحوز⁽¹⁾ ويكفي القبول كالبيع ، وإنما لم ينفذ الصديق رضي الله عنه هبته، لأنها كانت مجهولة، لأن بيع عشرين وسقاً ممتنع؛ فلو كانت معلومة لنفذها، وقال (ش) والأئمة لا تلزم الصدقة والهبة بالقبول وله الرجوع ولا يقضى عليه ، بل إنما يحصل الملك ويتعلق الحق بالقبض؛ والفرق بين الهبة فلا تملك إلا بالقبض ويكفي في الصدقة القبول، لأنها لله تعالى والرابع قول مالك.

قاعدة : العقود⁽²⁾ الناقلة للأملك ثلاثة أقسام ، منها ما شرع لدفع الحاجات وتحصيل المهمات فشرع لازماً تاماً بمجرد من غير اتصال قبض ولا غيره اتفاقاً، تحقيقاً لتلك المقاصد العامة المحتاج إليها ؛ ومنها ما شرع معروفاً عند الممات وهو الوصية فشرع الرجوع فيه ترغيباً في نقل الدنيا للآخرة حينئذٍ ، فان الموصي إذا علم ان له الرجوع لم يبق له مانع من الإيضاء ، لأنه إن مات لا يأسف وان عاش لا يأسف بسبب القدرة على الرجوع ؛ فلو منع من الرجوع ، امتنع من الإيضاء خشية الندم ، وهذا متفق عليه أيضاً ؛ وقسم اختلف فيه هل يلحق بالأول أو الثاني وهو الهبة والصدقة والهدية والعمرى والغارية والوقف ، فإذا لاحظنا خلوها عن العوض والحاجات ينبغي ان تلحق بالوصية ؛ وان لاحظنا⁽³⁾ كونها في الحياة التي هي مظنة المكافأة بأمثالها من الهبات وأنواع الثناء والمحامد وكل ذلك من مقاصد العقلاء في الحياة ، فهي تقوم مقام الأعراض ، فينبغي ان تلحق بالبيع ؛ أو نلاحظ تهمة اعراء المال عن الورثة مع شبهة البيع فنوجبها بالعقد ونبطلها بعدم القبض توفية بالشبهتين .

فرع

في الكتاب تجوز في نصف دار أو عبد ويحل محلك ويكون ذلك حوزاً⁽⁴⁾ ،

(1) كلمة (الحوز) ساقطة في د .

(2) في د النقول .

(3) في ي : فان لاحظت .

(4) انظر المدونة م 6 ج 118 / 15 .

وقاله (ش) وأحمد؛ قال اللخمي : ومنح سحنون ، وكذلك الخلاف في الرهن ؛ وقال (ح) هبة المشاع جائزة فيما تتعذر قسمته كالجوهر والحيوان ، وممتعة فيما يمكن قسمته ؛ لأن الحيازة لا تتم إلا بالقسمة ولم تحصل ههنا : ولأنه تتعذر حيازته فتمتنع هبته كصوف على ظهر الحيوان ، ولأنه غير معين⁽¹⁾ فيمتنع كهبة أحد عبيده ؛ وبالقاس على ما إذا قال وهبتك اليوم وغداً ملكه ، فإن عدم القسمة تؤدي إلى المهابة كذلك يوماً بيوم ، وبالقاس على جعل الشائع مسجداً بجامع التبرع ؛ والجواب عن الأول أنه ممنوع بل يجوز كما يجوز في البيع بدون فسخه. وعن الثاني أنه ممنوع ، فإن عندنا تجوز هبة الصوف وغيره من الغر والمجهول، وهو الجواب عن الثالث ؛ وعن الرابع أنها لم ترجع إليه في غد بل تملك الواهب مستمر، وكذلك الموهوب، وإنما المتوزع على الأيام المنافع كما يقوله في البيع سواء. وعن الخامس أن الشائع لا يحصل فيه مقصود المسجد، فإن الصلاة في غير المتعين متعذرة بخلاف الانتفاع بالشائع بالبيع والإجارة والسكن على سبيل المهابة ، ثم يتأكد ما يتأكد ما قلناه بقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾⁽²⁾. فتقع الهبة في نصف الصداق شائعاً وقد تكون تقسم ولا تنقسم، وفي البخاري انه عليه السلام وهب هوازن ما يتعلق به وبنى عبد المطلب مما غنم منهم⁽³⁾ ، وحديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه المتقدم ؛ فإن الثمر الموهوب كان شائعاً.

فرع

قال ابن يونس موت الواهب يبطل الهبة للأجنبي ، لأنه أراد اخراج وصيته من رأس ماله واخراج حق الورثة منها ؛ قال ابن القاسم كل صدقة أو حبس أو

(1) في ي : متميز .

(2) الآية : 237 - من سورة البقرة .

(3) انظر الجامع الصحيح ج 2 / 62 .

نحلة أو عمرى أو هبة لغير ثواب بموت المعطي أو بفلس أو بمرض قبل الحوز تبطل ، إلا أن يصح فتحاز عنه بعد ذلك ؛ فإن أراد القبض في المرض ، فعن مالك يمنع لتعلق حق الوارث ، ولأثر الصديق رضي الله عنه . وقال أشهب يقضي له الآن بثلاثها ، لأن أقل الأحوال أن تكون تبرعاً ؛ فإن صح فله الباقي ، ولا أرى قول من قال بحوزها كلها من الثلث . قال محمد وأظن جوابه محمول على ما إذا لم يترك غيرها ، ولذلك قال ثلثها . قال عبد الملك وإذا استدان وأحاط بماله وبالصدقة فالدين أولى ، وقال أصبغ الصدقة أولى من الدين المستحدث بعدها كتقدم العتق على الدين ، والفرق أنه ⁽¹⁾ خير بخلافها؛ وإذا مات الموهوب فورثته مقامه . وفي الجواهر إذا مات الواهب والطالب يجد في الطلب غير تارك لسعيه في طلب ⁽²⁾ البينة فهو حوز عند ابن القاسم ، وقال عبد الملك ليس بحوز وتبطل ؛ وإن جن الواهب بطلت إن اتصل جنونه بالموت ، وإلا فلا . قال صاحب المنتقى إذا اجتهد في طلب الآبق فلم يجده إلا بعد موت الواهب نفذ ، لأنه لم يكن بيد المعطي ، والإشهاد والطلب كافٍ كالدين - قاله عبد الملك . واحاطة الدين بالمال تمنع الهبة - ولو حيزت ، لتعلق حق الغرماء بما في يديه؛ وجوزته (ش) لكونه يتصرف في ملكه.

فرع

ففي الكتاب : قلت له ادفع لفلان مائة صلة مني فمات الأمر قبل دفع المأمور ، أو بعثت بهدية فمات قبل وصولها ؛ فإن كنت أشهدت في الصورتين نفذتا ، وإلا فلا ؛ وكذلك إن تصدقت بدين لك ، ولو سقت صداقاً فمات قبل قبض المرأة فهو لازم . وقال غيره : إذا مات قبل وصول المائة فلا شيء للمعطي وكل معروف إذا أشهدت به لزمك عند مالك ؛ قال ابن يونس ، وكذلك إن

(1) كلمة (انه) ساقطة في د .

(2) في ي : تركية .

وهبت فبعثت الهبة للموهوب برضاه قبل ان يقبضها ثم مت، صحت الهبة لتعلق حق المشتري بها .

فرع

قال ابن يونس لا تفيد حيازة الأخ ولا أحد غير الموهوب إلا في أربع صور : الرجل يتصدق بالثوب في السفر ، والحاج يشتري لأهله أشياء ويشهد على ذلك ثم يموت ، ولا يكني الذكر دون الإشهاد ؛ والحبس الذي لا غلة له كالسلاح إذا أخرجه مرة فيما جعل فيه ثم رجع إلى يده فهو نافذ ، والدار يتصدق بها فيحوزونها نحو سنة ثم يكتريها فيسكنها فيموت فيها تنفذ من رأس ماله ؛ فأما على من لم يولد بعد ، أو على أصاغر فلا ؛ وإن حاز هو أو غيره حتى يكبر الأصاغر ويحوزوا نحو سنة ثم يكتريها فيموت فيها فتنفذ وإن كره له ذلك، لأنه رجوع في الصدقة ؛ قال هذا كله مالك ، وأصحابه لا يختلفون فيه ؛ قال اللخمي قال مالك إذا أشهد أن هذه الضحايا لأهله ثم مات قبل الذبح فهي من رأس ماله ، وإن لم يشهد فهي ميراث ؛ ومن بعث بهدايا أو صلة لرجل ثم مات الباعث والمبعوث له قبل وصولها رجعت إلى الباعث أو ورثته ، إلا أن يشهد على انفاذها فتنفذ- وإن مات؛ وقال عبد الملك ان قبضها رسالة ، فلا شيء للمعطي مات أو مات المعطي وذلك حيازة للغائب؛ وإن تصدق على غائب وجعلها على يد غيره ثم مات ، فإن قال له لا تعطه إياها حتى أمرك بطلت ، أو قال حتى أموت، فهي من الثلث؛ وإن قال أوصلها إليه وأشهد له بها أو قال خذها له، فن رأس المال⁽¹⁾؛ وإن لم يقل خذها، فعلى الخلاف المتقدم ؛ وإن علم المتصدق عليه فقال اتركها لي عندك ، فن رأس المال ، لأنه قبض وايداع ؛ وسكت عن دفعها وحبسها في امضائها قولان له ، ورجع إلى أنها ساقطة ؛ وفي الكتاب إذا اشترت هدية لأهلك في سفرك من كسوة وغيرها ومت قبل الوصول ، فهي لمن

(1) في ي : ماله .

اشترت - ان أشهدت وإلا فيراث . قال ابن يونس قال ابن القاسم إنما هذا إذا اشتراه لصغار ولده وأبكار بناته ، لأنه يجوز لهم ؛ وقيل إذا أشهد على المال واشترى به الهدايا تمت ، لأنه نقل⁽¹⁾ عن المال الذي وهبه ؛ وإن أشهد على الهدية فلا بد من الخروج عن يده إلى غيره؛ قال وليس بشيء بل يكفي الإشهاد ، لان المسافر معذور فيكون حوزة الإشهاد كما كان حوز الرقاب حوز المنافع والثمار للضرورة ؛ ولو طلب المرسل استرجاع الصدقة من الرسول ، فليس له ذلك ؛ قال ابن القاسم ولا يكفي مشتري الهدية في الحج : لهذا لابني ولهذا لابتي حتى يشهد ، ولا يكفي سماع ذلك حتى يظهر عزمه بذلك بالإشهاد . قال صاحب التبيينات مسألة ما يشتره في الحج لأهله المراد به⁽²⁾ الزوجات والبنون وغيرهم كباراً كانوا أو صغاراً .

تنبيه : في كتاب محمد وهو يبطل ما روي عن ابن القاسم من أنهم صغار ولده، وإلا لم يختص ذلك بحج ولا سفر ؛ ولا معنى لقول بعضهم ان معناه أنه وهب العبن واشترى بها ، لأن الشراء يقوم مقام الحوز ؛ بل العلة في ذلك كله عدم التفريط في الحوز⁽³⁾، فتكون هذه الصور ثمانية تنفذ بها العطية وان لم يقبضها المعطى .

فرع

قال ابن يونس إذا أضاف الآخذ المعطى أو أئتمنى عنده في دار الهبة فلا يضر ذلك ، لأنها في حوز الآخذ؛ قال عبد الملك : إذا حازها المعطى⁽⁴⁾ حتى مات، بطلت العطية وحيازة الآخذ المتقدمة؛ وان طالت لا تفيد كتابة الآخذ كتاباً أنه أسكنه إياها بأجرة . وقال ابن القاسم إذا حازها الآخذ سنة لا يضر حوز

(1) في د : نقله .

(2) في د : (به) .

(3) عبارة (بل العلة في الحوز) ساقطة في د .

(4) عبارة (فلا يضر ذلك . . . حازها المعطى) ساقطة في د .

المعطي بعد ذلك .

نظائر: قال أبو عمران السنّة معتبرة في أربع عشرة مسألة: حوز الهبة بخلاف الرهن، وتعريف اللقطة، والعبد الآبق يحبس سنة ثم يباع، والمجنون يستم له سنة، والمعترض، والعهد الكبرى في الرقيق، وعدة المستحاضة والمرتبة والمريضة، والشفعة على رأي أشهب، وابن القاسم يزيد الشهرين، واليتيمة تمكث بعد الدخول سنة ثم يختبر رشدّها، والجرح لا يحكم فيه إلا بعد سنة، والبراء لتمضي عليه الفصول كالمعترض، وإذا شهد عليه شاهد بالطلاق فلم يحلف يحبس سنة، والموصى بعقّه فيمتنع أهلّه من بيعه ينتظر سنة، فإن باعوه عتق بالوصية.

فروع

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: يكفي في حوز الدار دفع المفتاح والبراء منها إذا كانت حاضرة بالبلد.

فروع

في الكتاب : إذا باع المتصدق الدار قبل الحوز وقد كان علم الآخر بالصدقة فلم يقبض حتى بيعت، تم البيع والتمن للمتصدق عليه لأنه رضي بالبيع وإن لم يعلم، فله نقض البيع في حياة الواهب وأخذها؛ فإن مات الواهب قبل القبض بطلت العطية ببيعته أو لم يبيع⁽¹⁾؛ وقال أشهب إذا خرجت⁽²⁾ من ملك المعطي بوجه ما أو حيزت عليه فليس للمعطي له شيء؛ وكل صدقة أو هبة أو حبس أو عطية بتّلها مريض لرجل بعينه أو لمساكين فلم تخرج من يده حتى مات، فهي في ثلثه كوصاياه؛ وحكم ذلك وحكم العتق بالإيقاف ليصح فيتم، أو يموت فتكون من الثلث؛ ولا يتم فيه قبض للقباض في المرض لتعلق حق الوارث، وليس لقابضه

(1) المدونة م 6 - ج 112 / 15 .

(2) في ي : عن .

أكل غلته ولا رجوع للمريض فيه لأنه بتله بخلاف الوصية؛ ولا يتعجل الموهوب قبضه الأعلى أحد قولي مالك في المريض له مال مأمون فينفذ ما بتل من عتق وغيره ، لأنه يؤمن قصوره عن الثلث ؛ قال ابن يونس قال ابن القاسم وإن أعتق العبد معطيه قبل الحوز ، بطلت الهبة والصدقة والاختدام حياته - علم الآخذ بالعطية أم لا ؛ وكذلك لو أحبل الأمة وتردد قوله في أخذ قيمتها ، لأن هذه أسباب تامة ، والهبة قبل الحوز ضعيفة؛ ولو قتل العبد أجنبي، فالقيمة للموهوب ؛ لأنها تقوم مقام العين، ولذلك سميت قيمة؛ وقال أصبغ لا ترد الكتابة ولا التدبير ولا العتق إلى أجل ولا شيء للمعطي ، لقوة هذه الأمور وضعف الهبة قبل الحوز فيتقدم الأقوى؛ وإن عجز المكاتب ، فكذلك ؛ قال ابن وهب : يرد العتق وعليه القيمة في الإبلاد إن قصد إبطال الصدقة، لأنه ممنوع من إبطالها؛ ولو وهبه لآخر أو تصدق به فالأول أحق بسبقه - ولو حازه الآخر ما لم يمت الواهب . وقال أشهب الثاني أحق لضعف سبب الأول بعدم الحوز، وقال ابن القاسم إذا علم الأول فلا شيء له إذا حازه الآخر، لأنه مفرط والا فهو أحق لسبقه ما لم يمت الواهب. وفي الجواهر إذا علم الموهوب فلم يقبض حتى باعها الواهب، نفذ البيع والتمن للموهوب؛ وإن لم يعلم، رد البيع إلا أن يموت الواهب قبل العلم بعد البيع، وعن ابن القاسم يرد الموهوب للموهوب له ؛ ولو رهنها ثم مات ثبت الرهن وبطلت عند ابن القاسم، ولو باعها الموهوب فلم يقبضها المشتري حتى مات الواهب، روى ابن حبيب أن البيع حيازة، وقال أصبغ ليس البيع بحيازة ولا غيره إلا العتق وحده؛ ولو وهبها الموهوب ثم مات، قال مالك لا تكون الهبة حوزاً لاحتياجها للحيازة .

فرع

تصدقت على ولدك^(١) الصغير بدين ثم اقتضيته صح^(٢) حوزاً قاله مالك ،

(١) في ي : ولدها .

(٢) في ي : تصح .

بخلاف الدنانير تتصدق بها عليه وتبقى تحت يدك ؛ والفرق أن الدين قد حيز مدة⁽¹⁾ حيازة تامة قبل قبضك، كما لو جعلت الدنانير تحت يد غيرك ثم حدث لك موت أو سفر فتقبضها أنت لأجل السفر فذلك حوز ؛ ولو تصدقت بالدين على أجنبي فقبضته ، فإن علم الغريم بالصدقة قبل الدفع ، ضمن المعطي ، والارجع المعطي على المعطي .

فروع

قال التونسي : الصدقة في المرض لا تحتاج إلى حيازة، لأنها من الثلث كالوصية ؛ فلو وهب مريض لمريض هبة لا مال له غيرها ثم وهبها الموهوب للموهوب في مرضه ولا مال له غيرها، قال ابن القاسم تقسم من تسعة : ثلاثة للموهوب له أولا منها واحد للواهب الاول، قال وهذا السهم يلزم منه الدور ؛ لأنك إذا أعطيته لورثة الأول كثر ثلثه ، فيرجع عليهم ورثة الثاني في ثلثه كمال تجدد ، لأن هبة البتل تدخل فيما علم وما لم يعلم ؛ ثم يقوم عليهم ورثة الأول في ثلث ثلثه ؛ فيدور هكذا حتى يقطع ؛ ولما كان كذلك سقط من الدورين ويكون المال ثمانية ستة لورثة الأول واثنان لورثة الثاني .

فروع

قال اللخمي ان لم يفرط في القبض فهي من رأس المال، وعنه تبطل لأنه مريض ولم يجعلها وصية؛ وان فرط قال ابن القاسم لا تخرج من رأس المال ولا من ثلث، وعلى قوله في العتق يقوم عليه في ثلثه تخرج الصدقة من الثلث؛ فان لم تقم عليه حتى مات بفور الصدقة، فقبل تبطل وقبل تصح من رأس المال لعدم التفريط في الحوز؛ فان صح لم تخرج من رأس المال ولا من الثلث، لتقدم حوز الورثة على حوز المتصدق.

(1) في ي : بجيازة .

فرع

في الكتاب : إذا تصدقت على رجل بدراهم وجعلتها على يد غيره والمعطى حاضر عالم جائز الأمر ولم يقم ولم يقبض حتى مت ، نفذت إن لم تنه الذي هي على يديه عن دفعها إليه إلا بامرك ، لأن قبض الغير حوز له ؛ فان قلت للغير ذلك ، فلورثتك لأنه حوز لك ؛ لأنه حينئذٍ وان دفعت مالا يفرق في الفقراء أو في سبيل الله وقد قبل انفاذه وقد أشهدت نفذت من رأس المال ، لاستقلال الحوز ؛ وان لم تشهد ، فالباقي منه لورثتك لعدم الحوز ؛ ولو فرق الباقي بعد موتك ، ضمنه لورثتك ؛ قال ابن يونس إذا جعل الحبس على يد رجل والمحبس عليهم كبار جاز ، لأنك حوزته لهم .

فرع

قال ابن يونس : إذا وهبت نصف عبدك فحوزه ان يخدمه يوماً ويخدمك يوماً ، وعبد الغلة تؤجرانه جميعاً وتقتسمان الغلة ؛ فان وهبت شقصا لك فيه لا يبقى بيدك منه شيء ، بل جميعه إما بيد الشريك أو بيد المعطى أو بأيديهما تحقيقاً للحوز ، وان سلمت نصيبك واكتريت نصيب شريكك بطلت الهبة ، لعدم الحوز باستيلائك من غير ضرورة ؛ بخلاف بقائك شريكاً ، لأنه ضرورة .

فرع

قال : إذا وهبته ميراثك في قرية مشاعاً فعمل فيها بقدر حصته فهو حوز قاله ابن القاسم ، وقال في امرأة تصدقت على زوجها بميراثها من دار مشاعاً فبني في ناحية منها وسكن بغير مقاسمة بطلت ، إلا أن يصالحه الشركاء فيبقون بناحية وهو بناحية ؛ لأنه لم يحز نصيبه كما وهبته مشاعاً ؛ قال أصبغ إلا الموضع الذي بنى فيه صح الحوز فيه ، قال محمد ان لم يكن بنى للمرأة فيها شيئاً فهو حوز لخروجها

عنها ، وإلا فكما قال ابن القاسم ؛ وان وهبت سهماً في أرض، فعمر المعطى قدر حصتك بحضرة الباقيين، أو لاستغنائهم أو ضعفهم عن العمل ؛ لا يكون له إلا نصيبه فيما عمر ، لأنهم لم يسلموا ذلك إليه ؛ قال ولو تصدق بعض الورثة بناحية قبل قسمة الأرض، تقسم الأرض إن وقعت تلك الناحية للمتصدق، فهي للمعطى وإلا بطلت الصدقة وليس عليه التعويض ، لأن الصدقة إنما تناولت معينا فتبطل ببطلانه كالبيع ؛ وان وقع بعضها فهو للمعطى له، فان قال أقاسمكم هذه الناحية وهي تحمل القسمة وامتنع الورثة ، فإن كانت في جودتها ورداتها مثل بقية الأرض، أجيب فيأخذ منها حصته ؛ وان كانت تضاف إلى جملة الأرض في الحكم ، قسم الجميع كما تقدم .

فرع

قال ابن يونس قال مالك : إذا خرجت للسائل بالكسرة أو بالدرهم فلم تجده، أرى ان تعطى لغيره تكميلاً للمعروف؛ وان وجدته ولم يقبل، فهو أولى من الأول لتأكيد العزم بالدفع .

فرع

قال اللخمي قال مالك : إذا تصدق على ولده الصغير او يتيم يلي عليه بمائة من غنمه ولم يفرزها حتى مات ، فذلك جائز وهو شريك بحصته وله النماء والنقصان ، وعنه ان لم يفرزها أو يسمها يرسم امتنع لعدم الحوز ؛ قال ابن القاسم وان سَمَاهُ، جازت إذا عرفت كذلك وان كانت غائبة عن شهوده إذا كان في حجره ؛ وجوز ابن القاسم الصدقة بعدة من نخله يكون شريكاً ، واختلف⁽¹⁾ إذا حبس أو تصدق بعبد أو حائط على ولده الصغير أو أجنبي فلم يحز الأجنبي حتى مات المعطي ، قال مالك الحبس باطل لعدم حوز الأجنبي أو الكبير ان كان مع

(1) في ي : ويختلف .

الصغير ؛ قال ابن القاسم وكذلك الهبة . وعن مالك الصحة في الهبة والصدقة دون الحبس لامتناع القسمة فيه ، لأنها بيع ؛ وعنه ان علم في الحبس وغيره ان الأب حاز ومنع نفسه من المنافع⁽¹⁾ جاز نصيب الابن، ولا خلاف ان نصيب الأجنبي باطل ، لعدم الحوز وكل هذا راجع إلى الخلاف في هبة المشاع هل تجوز أم لا؟ فعلى القول بالجواز، يصح نصيب الصغير، لأنه لو قام الأجنبي بالحوز كانت يد الأب معه على الهبة والحبس؛ وعلى القول بالمنع يبطل⁽²⁾ نصيب الصغير ، لأنه لو قام الأجنبي بالحوز لرجعت يد الأب على الجميع ؛ ولو جعل ذلك بيد أجنبي أو يجعل معه من يحوز للصغير، فهو بمنزلة من تصدق على ولد له صغير على أن لا يحوز له، وان الحائز له فلان فلم يحز فلان حتى مات الأب، فان الحبس يرجع ميراثاً؛ بخلاف الصدقة، لأن الأجنبي لو قام بالصدقة، لقال له الأب أنا أقاسمك أو أبيع معك لولدي ولا ترجع؛ والحق مرة الصدقة بالحبس ورأى أن من حق الأجنبي أن يكون حبساً على يديه.

فرع

قال التونسي إذا تصدق بعبد⁽³⁾ على أن له خمسة أيام من كل شهر جوزه ابن كنانة ، لأنه تصدق بخمسة أسداس العبد وقد حازها ؛ وقال ابن القاسم ان كانت صدقة امتنع أو حبساً جاز، قال والأول الصواب؛ ولو دعي للبيع جبر عليه، وسدس الثمن للمتصدق عليه ؛ وان أراد ابن القاسم انه كان شرط عليه في الخمسة الأسداس عدم البيع فخرج على من وهب على ان لا يبيع الموهوب ولا يهب، امتنع ذلك للحجر؛ ويقال إما أن تطرح الشرط أو ترجع الهبة.

(1) في ي المنافع - وكتب بالهامش : لعله الشائع .

(2) في ي يطلب .

(3) في د : عبد .

فرع

في الكتاب : ليس حوز الغاصب ولا المرتهن ولا خليفتك على دارك ولا المستأجر حوزاً للموهوب إلا أن يسلم إليه إجارته ، لأن هؤلاء قبضوا لغير⁽¹⁾ الموهوب بل لانفسهم ؛ بخلاف قبض المخدم والمعار إلى أجل ، قال ابن يونس قال أشهب قبض الغاصب قبض للموهوب ، لأنه ضامن فهو كالدين عليه ، فيجوز إذا أشهد ؛ قال ابن القاسم لو وهبك وديعة بيدك ، ولم تقل قبلك حتى مات الواهب فذلك لورثته ؛ وقال أشهب ذلك قبض لك ، إلا أن تقول لا أقبل ، لأنه من حين الهبة صارت في حوزك ؛ وقال ابن القاسم إذا أشهد أن وديعته لفلان هبة ولم يأمره بقبضها ثم مات المتصدق قبل قبض المتصدق عليه ، ان علم المودع فهي جائزة ، لأنه حينئذ يكون قابضاً للمتصدق عليه ؛ ولو دفعها الواهب ضمنها ، وليس للمودع أخذها ؛ وقال مالك إذا بعد بطلت ، لأنه لم يجزه ذلك .

فرع

قال ابن يونس : لو وهبك دينه عليك فقلت قبلك سقط الدين ، أو لا أقبل بقي على حاله ؛ وقال أشهب يسقط ان لم يعلم .

قاعدة : التصرفات تنقسم إلى الاسقاط بغير نقل - كالطلاق فانه يسقط العصمة ولا ينقلها للمرأة ، وكالعتق يسقط الملك ولا ينقله للعبد ؛ وإلى نقل إما بعوض كالبيع أو بغير عوض كالهبة ونحوها ، فما كان اسقاطاً لا يفتقر إلى القبول إجتماعاً ، وما كان نقلاً افتقر إلى القبول إجماعاً ؛ واختلف الناس في الإبراء هل هو إسقاط فلا يفتقر إلى القبول ، أو نقل ملك فيفتقر إليه . فهذه القاعدة منشأ الخلاف وبالأول قال (ش) وأحمد .

فرع

قال قال سحنون : إن أعطيت غلة كرمك أو سكنى دارك سنين لرجل

(1) في ي لم يقبضوا الموهوب .

وتصدقت به على ابنك الصغير، فحوز الرجل حوز له ولا بنك ان كان الجميع في فور واحد والاشهاد عليه ؛ قال عبد الملك إذا أعمرت رجلاً دارك وتصدقت بها على آخر في فور واحد، فحيازة المعمر حيازة⁽¹⁾ للموهوب؛ وكذلك في إخدام العبد ، ولو قتل العبد فقيمته للموهوب ؛ فان تقدم الإعمار ثم تصدقت بها ان رجعت وأنت حي فهي للموهوب، أو ميت أو مريض أو مفلس فلا شيء للموهوب ، وكذلك المخدم ؛ قال ابن القاسم ذلك حيازة في الوجهين . قال اللخمي قال عبد الملك لا يكون حوز المخدم حوزاً للموهوب إذا تأخرت الهبة بعد الإخدام ، لأنه إنما حوز لنفسه ؛ وان كان في فور فهو حوز لها، لأنك أقبضته لهما؛ وقال أشهب المستأجر جائز وان لم تسلم الإجارة له، لأنه كما حاز الرقبة لنفسه ليستوفي منها المنافع منسوبة إليك يحوزها منسوبة للموهوب مع بقاء الإجارة عندك في الوجهين ؛ والمخدم على وجهين ان وهب الرقبة بعد انقضاء الخدمة لم يكن حوزاً، لأن المخدم يحوزه لنفسه ؛ وإن قتل فالقيمة لصاحبه الأول ، وان جعل له الرقبة من الأول ، فان كانت نفقته على سيده بطلت الهبة لعدم الحوز؛ وان شرطها على الموهوب فسدت أيضاً للغرر ، لأنه لا يدري هل يحصل قبالة نفقته شيء ام لا؛ وان كانت نفقته قبل الهبة على المخدم، جاز كالعبد المغصوب ؛ لأن الواهب رفع يده عنه إلا ان يرضى المخدم بحوزه فيجوز بخلاف فضلة الرهن ، لأن المرتهن حقه في الرهن وقيمته، والمخدم في المنافع، فحوزه لرقبة الموهوب لا يناقضه؛ وإذا لم يعلم المودع لا يكون حوزه حوزاً، بخلاف المخدم لأن المودع قبضه لربه، والمخدم قبضه لنفسه فلا يد لربه عليه ولا لوكيله ؛ وان قال المودع أنا أحوزه للموهوب كان حوزاً ، أو قال بل للواهب لم يكن حوزاً ولا أحوزه لواحد منهما ؛ فعلى القولين في المغصوب، فان وهبت نصفه ورضي المودع ان يحوز له نصفه ، فقبيل حوز ، وقال عبد المالك ليس يحوز لعدم العمكن من الحوز ؛ قال التونسي لا يعتبر

(1) في ي : حوز .

ابن القاسم على الخدم والمستعير ، لأنها حازا لأنفسهما ؛ ولو قال لا نحوز للموهوب ، لم يلتفت إليهما ، إلا أن يطلا ما لهما من المنافع وهما غير قادرين على ذلك لتقدير قبولها ؛ وإذا وهبته أرضاً غائبة فخرج مبادراً فأت الواهب قبل القبض ، ذلك حوز لعدم التفريط قاله أشهب ، وخالفه ابن القاسم ؛ لأن الأرض لو حضرت أمكن قبضها . وقال عبد الملك الإشهاد في العبد الآبق حوز وإن مات المعطى قبل القبض ، لأنه الممكن فيه ، وبينغي أن يمتنع على مذهب ابن القاسم ؛ ولو باع الموهوب الهبة في يد الواهب ، فهو حوز عند عبد الملك خلافاً لأصبع ، لأن القابض المشتري وهو غير محتاج إلى حيازة؛ قال التونسي إذا غاب الواهب ، قال مطرف لا يحكم الحاكم بدفعها للموهوب ، بخلاف غيرها من الحقوق ، لأننا لا نعلم حاله عند الحكم ، فلعلة مات أو مرض أو أدان . وقال عبد الملك أن دافع عن حيازتها مدافع ، حكم له بها بعد الاستيناء؛ إلا أن يثبت أنه مات ، لأن الأصل عدم حدوث الموانع؛ وقال أصبغ تسمع بينته ويوقف لينظر موته فتدفع للوارث أو حياته فتدفع له .

فروع

في الكتاب : تجوز هبة الثمر والزرع قبل الصلاح ، وما تلد امتك أو غنمك أو ما في ضروعها أو على ظهورها من صوف ، وحوزه بحوز الأصول والأمة والأرض ، وعليك تسليم ذلك إليه والسقي عليه لتسلمه ماله ؛ وحوز الخدمة بحوز العبد ، والسكنى بحوز الدار ، وبحوز ثمرة النخل عشرين سنة ؛ وما تلد امتك ، ويكتفي حوز الأصل⁽¹⁾ لأنه الممكن أو يحوزه أجنبي ، ومنع (ش) وأحمد هبة المجهول ووافقنا على الوصية ؛ لنا القياس عليها .

قاعدة : العقود منها مشتمل على المعاوضة كالبيع والإجارة ، وغير مشتمل

(1) من هنا إلى قوله (أولى عند ابن القاسم وأشهب) - ساقط في نسخة ي ، وهو نحو 24 صفحة ، ولعل هذا الإسقاط وقع لدى التصوير أو عند السحب .

عليها كالوصية والهبة والإبراء، ومتردد بين الفتيين كالنكاح فإنه تشترط فيه المالية وهي غير مقصودة بل المواصله والمكارمة فحصل الشبهان؛ وورد الشرع بالنهي عن بيع الغرر والمجهول صوتاً للمالية عن الضياع في أحد العوضين أو في كليهما، لأن مقصوده تنمية الأموال وهما محلان لذلك ، فناقضا العقد ، فلذلك نهى عنها ؛ وما لا معاوضة فيه في غاية البعد عن قصد التنمية، بل هو ممحقة للمال فلا يناقضه الغرر والجهالة ، فلذلك جوزناهما في ذلك ؛ فإن قاس الخصم على البيع ، فالفرق عقيم كما ترى ، فيتعين ان الحق معنا . ولهذا السر جوزنا الغرر والجهالة في الخلع مطلقاً ، وجوزنا في صداق النكاح ما خف منها لتوسطه بين القسمين وسطناه فيها ؛ فعلى هذه القاعدة تتخرج فروع المذهب وتظهر منها الفروق بين الأبواب، ويظهر أن الحق قول مالك رحمة الله عليهم أجمعين .

نظائر : قال العبدى يجوز الغرر في خمس مسائل : الهبة ، والحالة . والرهن عند ابن القاسم، إلا في الجنين كرهه في المدونة⁽¹⁾ ؛ وأجازه مالك والخلع عند ابن القاسم، وقيل يكره وقيل يفسخ وله خلع المثل؛ والصلح في العمد مختلف فيه، ومنعه ابن القاسم. قال ابن يونس وافق أشهب في الحوز المتقدم إلا ما في بطون الأمهات فإنه جوز الهبة فيه ، ولا بد من قبض الموهوب لأن العتق فيه لا يتم حتى يخرج ؛ فكذلك الهبة، وقد تباع الأم قبل ذلك في دين يحدث ؛ ويجوز بيع الأصول وتبقى له الثمرة ولا يبقى له الجنين ، قال محمد وهو الصواب؛ وإن وهبك أَرْضاً، فحوزها بأن تكريها أو تحرثها وتغلق عليها غلقاً؛ فإن أمكنتك شيء من ذلك فلم تفعله حتى مات المعطي فلا شيء لك ، وإن كانت يتعذر فيها ذلك كله ومات فهي نافذة وحوزها بالأشهاد ؛ ولو كانت الدار حاضرة أو غائبة فلم يحزها حتى مات بطلت وإن لم يفرط ، لأن لها وجهاً تحازبه ؛ وإذا قلت في الأرض الغاصبة قبلت وحزت، لم يكن ذلك حوزاً لأن الإخبار عن الطهارة لا يقوم مقام

(1) المدونة : م 6 - ج 124 / 15 .

الطهارة؛ وهو كالشهادة على الإقرار كما قاله في الكتاب، وفي التنبيهات في كون حوز الرقاب حوزاً للهبة أربعة أقوال : حوز ، وليس بحوز وقاله ابن حبيب ؛ وحوز إن كان فيها ثمر وفي الأمهات حمل ، وإلا فلا قاله عبد الملك وتفرقة أشهب المتقدمة .

فروع

قال ابن يونس : لا يكفي الإقرار بالحوز ولا إلا شهادة عليه لما تقدم .

فروع

قال : ويكفي قولك قبلت فيما في يدك ، وإن لم تقل قبلت حتى مات بطلت، وقال غيره ذلك حوز ؛ وقال (ش) لا بد بعد القبول من زمان يتأني فيه القبض ، وقال ابن حنبل يكفي القبول .

تمهيد: القبض إنما اشترط عندنا لني التهمة لئلا يتنفع الإنسان بماله عمره ويخرجه عن ورثته عند الموت ، فلذلك كفى الإشهاد في بعض الصور وحوز الأجنبي ؛ واستغني عنه في المودع والغاصب ونحوهما ، لحصول المقصود بدونه ؛ وعند الشافعي هو سبب انتقال الملك وتوجه الحجة للموهوب ، لنا القياس على البيع .

فروع

في الكتاب : إذا وهب عبداً لابنه الصغير وأجنبي ، فلم يقبض الأجنبي حتى مات الواهب بطلت ؛ كما لو حبس على ولده الصغير والكبير ومات قبل قبض الكبير ، بخلاف ما حبس عليهم وهم صغار كلهم ، لأنه يحوز لهم ؛ وعن مالك إذا تصدق على ولده الصغير مع الكبير أو أجنبي ، يصح نصيب الصغير بحوز والده، ويبطل ما سواه لعدم الحوز؛ وفي الحبس يبطل الجميع لتعذر القسمة⁽¹⁾ .

(1) المصدر السابق م 6 - ج 15 / 125 .

قال صاحب التنيهات قيل الخلاف في الصدقة والحبس مبني على الخلاف في حوز المتصدق عليه مع المتصدق فيما بينها فيه شركة ، فعلى القول بالصحة يصح ههنا للصغير والكبير ، وعلى القول بالبطان يبطل ؛ وعنه التسوية بين الحبس والصدقة في جواز حصة الصغير إذا ميزه الأب ، ومنع نفسه من منافعه ؛ قال التونسي إذا سكن دار ابنه الصغير فلم يخرج منها حتى باعها ولم يقبضها المشتري حتى مات الواهب الثمن للولد ، ونفذت الهبة ؛ لأنه مات في دار المشتري ، وسواء باعها باسم ابنه أو جهل ذلك؛ ولو تصدق على ولده الصغير على أنه يحوز غيره وبقيت في يده حتى مات بطلت ، لأنه لم يحوزها؛ ولو جعلها على يد غيره ثم ارتجعها ، بطلت إلا أن يشهد أني لم ارتجعها إلا لأحوزها لولدي وفعل ذلك ، لأنه أولى بالحوز من غيره ؛ أو ليس ذلك إلا أن يطرأ ما يوجب إزالة يد الأجنبي نفيًا للبس في الحوز قولان ، وأصوب الأقوال ان كانت مما يحوزها الأب ليست دنائير ولا طعاماً أنه حوز ؛ وان كانت دنائير أو ما لا يحوزها الأب لولده ، لم يكن حوزاً ؛ ولو قال خدمة عبدي لولدي ورقبته لفلان وحازه الأب لولده ثم مات الأب ، لم تصح لفلان رقبته لبقاء يد الأب عليها .

فرع

قال التونسي: إذا تصدق على ولده الصغير بدار وأشهد ثم مات ، فقال الكبار كان ساكناً فيها ، وقال الصغير لم يسكن ؛ فهي على الحوز حتى يثبت خلافه ، لأن أصل التصرفات حملها على الصحة ، ولأن ظاهر حال الأب في شقيقته تحصيل مصلحة الولد ؛ فان وجد بيد الكبار بعد الموت شيء وقامت البينة على صدقته وجهل وقت حوزهم ، قال عبد الملك لا بد من البينة على حوزهم قبل الموت والفلس ، لأن الأصل عدم تقدم الحوز ؛ وقيل لا ، لأن اليد دليل الملك وقد قيل إذا ثبت بالبينة أن زوجها اعطاها عبداً في صداقها وثبت أنه أعتقه وجهل التاريخ؛ فهي أولى ان كان في يدها وإلا عتق ، قال ويشبه ان تملك نصفه ويعتق نصفه ، كما لو ثبت أنه أوصى بعتقه وأثبت الآخر أنه أوصى له

به وجهل تاريخ الإشهاد، قيل يعتق بالقيمة لضرورة تساوي الدعاوي.

فروع

قال : وإذا تصدق بالعبد على ولده الصغير فكان يخدم الأب وربما خدم الابن ، جعله ابن القاسم حوزاً ، ومنع أشهب ، قال وهو أشبه ؛ لأن جل المنافع إذا بقيت للأب لم يكن حوزاً إلا أن يريد ابن القاسم أنه ممن يؤثر فتكون الأجرة للابن وخدمة الأب كانت يسيرة .

فروع

قال : إذا تصدق أحد الزوجين على الآخر بفرش البيت أو بخادم، جاز إذا أشهد على ذلك قاله ابن القاسم وأشهب ؛ قال ابن القاسم وليس المسكن كذلك ، بل ان تصدقت به عليه كان حوزاً له ، لأن عليه اسكانها بخلافه ، لأنه باق في يديه ؛ وعن مالك في الخادم والفرش أنه ضعيف ، قال والحق التسوية ، لأنه يجب عليه اخدامها وما يصلحها ؛ فإذا منع في صدقته عليها لأجل الحوز في الدار ، فكذلك غيره إلا أن الصحة في الخادم والفرش إنما تكون لضرورة بقاءه في يد الواهب كما قيل في هدية المسافر والأضاحي وغيرها.

فروع

قال : لو وهب لحاضر وغائب فحاز الحاضر الجميع لها صح ، لارتفاع يد الواهب ؛ ولو قسم نصفه فحازه الحاضر وأبقى نصيب الغائب لم يحز حتى مات الواهب، بطل نصيب الغائب لعدم الحوز .

فروع

قال : إذا وهب أحد الشركاء في الأرض جهة معينة ، قسمت الأرض على مذهب ابن القاسم ؛ فإن صار للواهب ما وهب سلمه ، أو غيره بطلت الهبة لعدم مصادفة العقد ملكاً ؛ وقيل يعرض عنه، لأن العقد اقتضى ذلك الحوز وهو عاوض عنه في القسمة فيعطيه ذلك العوض ؛ وإذا فرعنا على أن القسمة بيع

اتجه هذا، أو تمييز حق اتجه قول ابن القاسم ؛ لأن الغيب انكشف على. أن حقه هذا الذي لم يهبه .

فرع

قال ابن يونس : إذا أعطى امرأته النصرانية داره على أن تسلم فأسلمت ، هو كالبيع لا يحتاج إلى حوز ؛ وقال أصبغ عطية تحتاج إلى الحوز ، لأن الإسلام لا يكون ثمناً .

فرع

في الكتاب : إذا وهب لغائب وجعله على يد من يحوز له كان حوزاً ، لأن أحباس السلف كان يحوزها الحاضر للغائب⁽¹⁾ ؛ وكذلك يدفع لمن يحوز للصغير حتى يبلغ وإن كان له أب أو وصي حاضر ، لأن الواهب أخرج⁽²⁾ الجميع من يده على هذه الصفة ؛ ولو كان كبيراً رشيداً حراً وأمرت ألا تدفع إليه ولو إلى أجل بطل الحوز إن لم يقبضها حتى مت، لوجود أهلية الحوز فلا ضرورة حيثئذ، وليس لك فيه غرض صحيح؛ بخلاف الصغير يتوقع صلاح حاله، أو تنتهم الأب عليه؛ إلا أن تحبس على الكبير غلة نخل وتجعلها على يد من يحوزها عليه صح، لأن الأحباس ما زالت كذلك في السلف.

فرع

قال : لا يعتبر حوز الأم في هبتها لصغار بنيتها ولا لابتها البكر البالغ وإن اشهدت، لعدم ولايتها على حفظ المال إلا أن تكون وصية الوالد أو الوصي بخلاف الأب ؛ وإن بلغ الابن حالة يصح حوزة فلم يجوز حتى مات الأب بطلت ، لعدم الحوز مع امكانه ؛ قال اللخمي يصح حوز الأب لولده العقار والعروض والعييد

(1) نفس المصدر : م 6 - 125 / 15 .

(2) في د : اثر - وكتب فوقها (غ) ، ولعل الصواب ما أثبتته .

ونحوها ؛ قال مالك ولا يحوز الدنانير والدراهم إلا أن يصنعها على يد غيره لعدم تعيينها، خلافاً لـ (ش) و (ح) فيها ، لأنها تتعين عندهما ؛ قال محمد إن أشهد على طابعه . وعن مالك إذا أشهد فهو حوز ، وهذا إذا بقيت عيناً ، فإن اشترى بها سلعة وأشهد صح الحوز ؛ وإن كانت الصدقة عرضاً فأشهد وباعه بالعين، نفذت لصحة الحوز أولاً ؛ وقال محمد إن وهبه ديناً على رجل فمات قبل القبض نفذ ، ولو قبضه ثم مات وهو في يديه أو تسلفه نفذ وجعل الدين كالعرض، والطوق والسوار كالعرض والتبر والنقر واللؤلؤ والزمرد والحديد والنحاس والكتان وكل ما يكال أو يوزن يختلف فيه كالعين ؛ قال : والجواز في الجميع أحسن . وإن وهبت الأم ما لم يستغل لم يصح حوزها ، فإن وهبت غلاماً فكان يخدم الولد أو ثوباً أو حلياً فكان يلبسه قال مالك صح ، ومنعه ابن القاسم وأشهد إلا أن تكون وصية ، ويصح حوز الصبي لما وهبه لتيمة كحوز الأب له ؛ قال ابن يونس عند ابن القاسم وأشهد إذا وهبت الأم حاز السلطان ، وإن أخرجتها من يدها وحوزتها غيرها صح لولايتها على مالها ، وهذا تصرف فيه لا في مال الولد؛ وقال عبد الملك : حيازة الأم للتيمة الصغير جائزة فيما وهبته أو أجنبى ، وكذلك من ولي يتيماً حسبة ان تقدمت الولاية قبل الصدقة كما يشتري له طعامه وإلا فلا للهمة ؛ ومنعه ابن القاسم إلا أن تكون وصية والأجداد كالأب ، والجدات كالأم إذا كان في حجر أحدهما وغيرهم لا يحوز ، لكن يجعل ذلك لغيره؛ ووافقا الأئمة في اختصاص ولاية الحوز بها ولاء ، غير ان (ش) اشترط ان يقول الأب قبلت ، لأن القبول باللفظ ركن عنده ؛ وألحق (ح) الأم والأجنبي بالأب في ولاية الحوز إذا كان في حجرهما، وجوز قبض الصبي لنفسه، لأن الناس ما زالوا يتصدقون على الصبيان في سائر الأعصار، وخالفه (ش) وأحمد؛ ومنع (ش) ان يوكل الواهب من يقبض للغائب ، لأنه وكيل للواهب لا للموهوب .

فرع

قال ابن يونس في البكر يحوز لها أبوها وان عنست لثبوت الحجر عليها ، وعنه
الا أن تكون عنست وهو على الخلاف في ارتفاع الحجر عليها بالتعنيس ؛ وقال ابن
عبد الحكم الا أن تبلغ خمسين سنة فلا يحوز لها الا برضاها ، فإن فعل بغير
رضاها أجزته .

فرع

قال قال ابن القاسم : لا يخرج الغلام من الولاية بمجرد الاحتلام بل ان
جاز له بحدثان احتلامه فهو حوز .

فرع

في الكتاب : لا يحوز الأب لابنه الصغير الرقيق لأن سيده يحوز ماله ،
وولاية السيد مقدمة؛ فان جعل الأب هبة على يد أجنبي جاز وان كره السيد،
كالشرط في الوقف هو موكول للواقف .

فرع

قال : لا يحوز الزوج لامرأته، وله ان يحوز ذلك عند غيره ، ولا يحوز واهب
للموهوب إلا الأب أو الوصي أو من يحوز امره .

فرع

قال ابن يونس: أم الولد كالحرّة في الحوز، تحوز ما لا يزالها حيث انتقل بها
سيدها بالإشهاد والإعلان لعجزها عن غير ذلك ؛ وأما الدار والأرض والشجر
المباين لها فبخروج السيد من الدار وبزراعة الأرض وبقبض خراج السيد ولبس
الحلي وغيره ، وكل ما يدل على القبض وان لم تفعل ذلك فلا شيء لها؛ ولو
ادعت متاع البيت كلفت البينة وان كان متاع النساء بخلاف الحرّة ، لأن العادة
ان الشوار للحرائر دون الإماء ، وتصدق فيما عليها من حلي وغيره ، لأن اليد

دليل الملك؛ ولأن الغالب في لباسها انه وهب لها. قال عبد الملك إذا وهبها مالا يشبه عطيتها رد ما زاد، لانه يتهم في ازواء ماله من الورثة كانت العطية مرة ومرات؛ وقال أصبغ ان كان في مرة ردت العطية كلها كزيادة ذات الزوج على الثلث، أو مراراً أنفذ ما لا يصرف فيه ورد ما يتهم فيه؛ قال صاحب المنتقى أم الولد كالخرة في صدقة سيدها عليها- قاله ابن القاسم، وقال ابن العطار يحوز سيدها لها صدقته عليها⁽¹⁾.

فروع

قال اللخمي في هبة الابن المعدوم في الحال دون الاستقبال قولان : فقليل حوز الرقاب كاف لأنه الممكن ، وقيل لا ، لأن الموهوب معدوم؛ ويجري الخلاف إذا وهب ما تحمل أمته أو شاته في المستقبل قياساً ، على هبة الثمار واللبن المستقبليين ؛ وإذا وهب كل ولد تلده ، كفى قبض الأم ؛ ولو ماتت قبل ان تلد أو تحمل قياساً على الالبان ، ويجبر على التحويز إذا كان الحمل أو اللبـن موجوداً أو ظهرت الثمرة قاله ابن القاسم ؛ ويجعل الغنم في اللبن على يد الموهوب له وما في بطن الجوارى والغنم على يد ثقة وليس للموهوب له ذلك ؛ لأن حاجته إليها في وقت هو في الاماء أكد لامتناع الخلوة بهن ؛ واللبن يحتاج كل يوم وتوضع أصول الثمار على يد ثقة، ويأخذ الموهوب وقت الانتفاع ؛ وان لم يكن حمل ولا لبن ولا ظهرت ثمرة لم يجبر الواهب . وقال ابن القاسم، السقي والعلاج قبل طيب الثمار الموهوبة على الموهوب له ، لأن السقي إنما هولاء جل الثمرة ؛ وقال ابن حبيب على الواهب، لأنه مالك الرقبة ويختلف في كلفة الأمة والغلام الخدم كذلك؛ وقال محمد إذا أوصى بصوف غنمه أو لبنها لرجل وبرقابها لآخر ، المثلثة على الموصى له باللبن والصوف ؛ قال : وأرى ان وهب مرة واحدة لثلاثة : لأحدهم الصوف، وللآخر اللبن ، وللآخر الحمل- ان الكلفة على جميعهم؛ ويختلف هل على

(1) انظر المنتقى ج 6 / 107 .

عددهم أو قيمة الهبات نظراً إلى أن كل واحد لو انفرد لاستقل ، أو الغنم يتبعه العزم ؛ وإن كانت الهبات واحدة بعد أخرى فالكلفة على الأول على قول محمد ، لأن الآخرين نزلاً منزلة الواهب وهو لا نفقة عليه ؛ ومحمد الهبة إذا كانت حاملاً وذات لبن على ما هو موجود ، لأنه المتبادر عند الإطلاق ؛ وإلا فيختلف هل هو هبة ما يتكون من اللبن أو الصوف أو الحمل حياة الغنم والجواري أو حياة المعطى قاله محمد ، وقد تقدم الخلاف في قبض الرقاب هل هو قبض للهبات على أربعة أقوال .

فرع

قال صاحب التنبهات : قوله في الكتاب إذا تصدق بدراهم على رشيد وجعلها على يد غيره وهو حاضر جاز إذا لم يشترط على المدفوع إليه ألا يدفعها إلا بأمره . وقال في باب الغصب : إذا كان الموهوب رشيداً وحاضراً امتنع - ولم يشترط عدم الدفع ، وكذلك قال في هبة الطفل والكبير ، ومعناه إذا أمر الحائز إليه ؛ وقال اللخمي اختلاف قول ، وقيل المسلمتان مفترقتان ؛ وإن الجواب فيما إذا كانت في يد الواهب فخروجها من يده إلى الأجنبي حوز ، والمنع إذا كانت في يد غاصب ، لأنها لم تخرج في يد الواهب ، وقيل إذا شرط عدم الدفع إلا بأمره لا تمضي ، بخلاف إذا قال ادفعها له ، وقال الموهوب أمسكها عندك انها تمضي ، لأنها وديعة الموهوب ؛ فإن سكت عن الأمر بدفعها وعدم دفعها ففي صحتها قولان ، ولو شرط أمسكها حتى يموت الواهب فهي وصية ماضية من الثلث اتفاقاً .

فرع

قال قال في الكتاب : إذا تصدق بنصف دار فقبضه ان يحل فيها محل الواهب⁽¹⁾ ، ظاهره لم يبق للواهب شيء ، وقيل بقي له النصف ولا يصح الحوز إلا

(1) المدونة م 6 - ج 118 / 15 .

بالمقاسمة ، أو بحوز أجنبي لهم أو يسلفها جميعها للموهوب ؛ و فرق في كتاب محمد بين العبد فأجاز بقاء أيديهما عليه ويقتسمان الغلة، وبين الدار لتصور القسمة فيها؛ وعنه أيضاً التسوية في جواز أيديهما كما يقبض في البيع، وعنه التسوية بينهما في البطلان مع بقاء أيديهما لعدم رفع يد الواهب، وإن عمرا كالشريكين وتصرفا كذلك مع بقاء أيديهما .

فروع

قال قال في الكتاب : إذا وهب الدار الغائبة ولم يقبضها الموهوب بطلت وإن لم يفرض، ومقتضاه أنه لا يراعى في عدم الحوز التفريط ؛ وكذلك قوله إذا أبى أن يدفعها له فخاصمه فلم يحكم له حتى مات أنها تبطل ، وقوله إذا وقفها السلطان حتى ينظر في حججهم فوات الواهب فهي للموهوب إذا أثبت الهبة؛ وفي كتاب ابن حبيب لا ينفعه الإيقاف حتى يحكم له في حياته، وهو مخالف للكتاب؛ وقال عبد الملك إذا لم يفرض في الصدقة صحت وقع القبض قبل الموت أو بعده ، علم بها الموهوب أم لا لانتفاء التهمة وعدم التفريط. وقال أصبغ إذا لم يقبضها وأعجله الموت بطلت ، والقولان لمالك ؛ قال اللخمي إذا كتبا بمصر فوهبك أرضه بإفريقية فقلت قبلت، لم يكن حوزاً وإن لم يفرض في الخروج ؛ وقال أشهب إن لم يفرض في الخروج حتى مات الواهب فهو حوز ، ويحمل قول ابن القاسم في الأرض على أنه لو خرج لادرک ولو كان وصولها يكون قبل الحرث لم يضره ، لأنها لو كانت حاضرة لكان حوزها بالقول بخلاف الدار .

فروع

في الجواهر قال ابن القاسم : إذا تصدقت بصدقها على زوجها أعطته كتابها قبله ثم سخطه بعد أيام فرد عليها الكتاب فقبلته بشهادة فلا شيء لها عليه ، لأنها عطية لم يقبضها أو قبله ثم ندمت فجدد لها كتاباً حالاً أو إلى موته ؛ فإن لم تقبضه في صحته فهو باطل ، لأنها هبة مستأنفة ؛ قال ابن القاسم ولو سألها في

مرضه ان تضع مهرها ففعلت ثم رجعت بعد صحته أو موته ليس لها ذلك، بخلاف وضع الميراث لأنه إبراء نفذ ، والميراث لم يقبض .

فروع

قال : لو كتب إلي وكيله ان يعطيه مائة فأعطاه خمسين ثم مات الوهاب ، لم يكن له إلا ما قبض ، فإن يد الوكيل يد الموكل ؛ بخلاف لو وهب ما تحت يد المودع ثم مات قبل الحيازة ، والفرق ان الوكيل يده يد الموكل ولم يرجع به وكيلاً لك ، والمودع بمجرد علمه يصير حافظاً لك .

فروع

قال : لا تكون حيازة المرتن والمستأجر حيازة الموهوب ، إلا أن يشترط ان الإجارة له مع الرقبة، بخلاف المودع؛ وأجاز أشهب حيازة المستأجر وان لم يهب للموهوب الإجارة.

فروع

قال : إذا رجعت الهبة للواهب بعد الحوز بمدة يسيرة ، اتفق أهل المذهب على بطلانها ، أو بعد الطول بطلت عند عبد الملك إذا مات فيها ، وقد تقدم ان السنة هي المعتبرة في ذلك .

فروع

قال الأبهري قال مالك : إذا تصدق على ولده الصغير أو يتيمه بمائة من غنمه ولم يفرضها له حتى مات ، فهو شريك فيها وفي نمائها ونقصانها ؛ لأنه وصف له ذلك العدد، وعنه لا شيء له لعدم الإفراز ، بخلاف الوصية لاستغنائها عن القبض؛ ويختلف في الدنانير كالغنم- وان تسلفها الأب بعد الافراز ثم مات الأب ، لأنها لا تعرف باعيانها .

فروع

قال قال مالك : إذا حلّى صبيّاً بحلّي ثم مات فهو للصبي دون الورثة ، لأنه مظنة الحوز له .

فروع

قال صاحب المنتقى: لو وهب المستودع ما عنده فلم يقل : قبلت ، ثم مات الواهب ؛ عن ابن القاسم القياس البطلان ، وقال أشهب حيازته ثابتة الا أن يقول لا أقبل ؛ لأن الهبة بيد الموهوب وتأخر القبول لا يضر، كما لو وهب رجلاً ولم يقل قبلت وقبضها لينظر رأيه فمات الواهب، فهي ماضية ان رضيها وله ردها ، وقياساً على الغائب ؛ وابن القاسم يقول عدم الحوز يمنح الصحة فأولى عدم القبول⁽¹⁾ . قلت وهذا البحث منه يدل على أن القبول ليس على الفور خلافاً لـ (ش) وقد تقدم التنبيه عليه .

فروع

قال : لا يشترط في القبض الإذن ، وقال الأئمة يشترط وله الرجوع ولا يقضى عليه ؛ لقصة أبي بكر الصديق رضي الله عنه لا تتم الهبة إلا بحوزها ، وقياساً على ما بعد الموت ؛ ولأنه لو لزم ، لكانت ملكاً للموهوب ؛ لأن المطالبة بغير ملك منكورة ، ولو كانت ملكه لما ورثها ورثة الواهب ، لأن الميراث فرع الملك ، وبالقياس على الوصية أو هو سبب ملك فلا ينعقد إلا بوضع اليد كالإحطاب وسائر أسباب التملك الفعلية ؛ والجواب عن الأول ان طريان المرض يبطل العقد كطريان التفريق على عقد الربا وهلاك المبيع قبل القبض وطريان الردة على النكاح ، فلا غرو أن يكون العقد صحيحاً ويطراً عليه مبطل ، فقضية الصديق رضي الله عنه دائرة بين ما ذكرناه وما ذكرتموه على السواء ، فلا حجة لكم فيها ؛ وجه مناسبة المرض للإبطال أنه يتهم ان ينتفع بماله عمره ثم يخرج في هذه

(1) انظر المنتقى ج 6 / 100 .

الحالة التي حجر عليه فيها عن الورثة فحسم الشرع هذه المادة في المتهم وغيره، كما رد شهادة الأب لابنه وبالعكس للتهمة وطرد ذلك ؛ وعن الثاني أن المراد بالعام استقرار الملك واللفظ ظاهر فيه ، ثم هو معارض بقول علي رضي الله عنه الصدقة جائزة قبضت أو لم تقبض ؛ وعن الثالث الفرق قبل الموت عدم التهمة ، وبعده يتهم بأنه حبسها لينتفع بها حتى يموت؛ وعن الرابع أن المرض أو موت الفجأة اسقط ملك الموهوب ، فثبت ملك الواهب لما تقدم من تقرر التهمة ، وأن العقود الصحيحة قد يلتحق بها ما يبطلها؛ فما ورث الوارث إلا ملك الواهب المنتقل عن الموهوب ، فلا تناقض كما لو باع مطعوماً بمطعوم أو أحد التقدين بالآخر مما يشترط فيه التقابض فمات أحدهما لا يجب التسليم ويبطل العقد ويورث ما كان ملكاً لغير الموروث ؛ وعن الخامس أنه مقلوب بأن تقول لا يشترط فيها القبض قياساً على الوصية فانها تصح بالقول وثبت بنفس الموت . وعن السادس أنه منقوض بالوصية والميراث، ثم يتأكد مذهبنا بقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽¹⁾ . وهو يخص المتعاقدين فلا يضربنا عدم الوفاء بعد الموت لذهاب العاقد، وقوله عليه السلام : الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه⁽²⁾ . فشبه القبيح الشرعي بالقبيح العادي ، وبهذا يندفع قولهم ان الكلب لا يحرم عليه الرجوع ، لكونه غير مخاطب ؛ لأن المراد التشبيه المذكور، وبالقياس على سائر العقود؛ ومما يوضحه أن الأقوال هي الميزة بين خواص العقود فيها يظهر البيع من القرض من الإجارة، فوجب ان تكون الصحة والانعقاد منوطاً بها ؛ وأما القبض فصورة واحدة في الصحيح والفاسد ، فلا يناط به أحدهما ، وبالقياس على صور من العطايا كالعتق والضحايا والمساجد والوقف العام كالقنطرة ونحوها فانها تلزم بالقول ولا تفتقر إلى القبض .

(1) الآية : 1 من سورة المائدة .

(2) أورده في منتقى الاخبار بلفظ (العائد في هبته كالعائد في قيئه) - وذكرانه حديث متفق

عليه . انظر نيل الأوطار 6/ 11 .

فرع

قال صاحب المنتقى: لو باع الموهوب الهبة ولم يقبضها المشتري حتى مات الواهب فالبيع حوز قاله مالك ، وقال أصبغ لا يحصل الحوز بذلك ولا بغيره إلا العتق ، لأنه مبني على التغليب والسراية⁽¹⁾؛ فان باع الواهب قبل الحوز فالبيع أولى عند ابن القاسم وأشهب، وعن ابن القاسم الصدقة والهبة أولى إن كان المعطى معيناً بخلاف غير المعين نحو سبيل الله فإنه لا يقضى به⁽²⁾.

فرع

قال : إذا تصدق على ابنه الصغير بحوانيت ولم يعلم أنه كان يكرهها باسمه أو اسم نفسه فهي للابن، لأنه ظاهر حال الأب أنه إذا وهب لابنه لا يرجع وان يؤجر له .

فرع

قال: إذا وهب أحد الوصيين لليتيم ، أعطاه لشريكه في الوصية أو غيره قاله ابن العطار، ولا تجوز هبة نفسه إلا إذا انفرد لتعذر من هو له⁽³⁾ مثله أو أولى منه، وقيل حيازته تامة لأنه ولي .

فرع

قال : يكفي في حيازة الأرض التي لا عمل فيها الإشهاد ، لأنه الممكن ؛ وأما أرض الزراعة⁽⁴⁾ والعمل ان وهبت في غير إبان العمل ، حددها وأشهد بتسليمها قاله أصبغ ، وعن ابن القاسم لا يكون حوزاً إلا أن يتأخر العمل لعذر؛ وهذا إذا فاتت حيازتها قبل موت الموهوب ، اما لو حضر وقت

(1) انظر المنتقى 6 / 101 .

(2) المصدر السابق 6 / 102 .

(3) في د هو مثله .

(4) في د العمل .

الزراعة فلم يتعرض لها حتى مات الواهب بطلت الهبة ، لأن حيازة مثل هذا إنما هو بالعمل ؛ فان منعه الواهب من العمل لم تبطل الحيازة ، لأن الذي عليه التعرض وقد فعله ؛ وان ترك العمل لضعفه بنفسه وآلته مع امكان مساقاتها لغيره ، والإرفاق بها ، بطلت الهبة ؛ وان ضعف عن جملة الوجوه ، فالإشهاد حوز ، لأنه الممكن قاله ابن القاسم .

فرع

قال قال مالك : لا تحاز العرية إلا أن يطلع فيها ثمر ويقبضها المعري ؛ فان عدم أحدهما قبل موت المعري بطل الإعراء ، لعدم حوز العطية ؛ وقال أشهب يكفي الإibar أو تسليم العطية ، لأن المعري إنما وهب مع بقاء الأصل في يده إلى حين الثمرة .

فرع

قال : لو حاز بغير علمه صح ، لأنه أخذ حقه .

نظائر : قال ابن بشير⁽¹⁾ التي لا تتم إلا بالحيازات سبع عشرة⁽²⁾ مسألة : الحبس ، والصدقة ، والهبة ، والعمرى ، والعطية ، والنحلة ، والعرية ، والمنحة ، والهدية ، والاسكان ، والعارية ، والارفاق ، والعدة ، والاختدام ، والصلة ، والحبا ، والرهن .

النظر الثالث : في أحكامها وأصلها .

وأصل كل معروف واحسان الندب ، لقوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ

(1) في د يونس .

(2) في د : سبعة عشر .

وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ ﴿١﴾ ، ولقوله عليه السلام كل معروف صدقة ^(٢) . قال اللخمي الصدقة في الصحة أفضل ، لقوله عليه السلام في مسلم لما سئل : لأن تصدق وانت صحيح صحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى تبلغ الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا ، ألا وقد كان لفلان ، وأفضلها أيضاً ما كان ظهر ^(٣) غنى ، لقوله تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ﴾ ^(٤) ، والعفو الفاضل ، وفي البخاري قال عليه السلام لا صدقة إلا عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول . قال سحنون لو لم يبق ما يكفيه ردت صدقته ، وعن مالك تجوز الصدقة بحملة المال وقد فعله الصديق رضي الله عنه والأول أحسن ، لأن صدقته - رضي الله عنه ^(٥) إنما كانت لتأليف الناس واستنقاذهم من الكفر؛ ويستحب أن تكون من أنفس المال ، لقوله تعالى ﴿لَنْ تَأْكُلُوا الرِّبَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ ^(٦) . ولقوله عليه السلام لما سئل أي الرقاب أفضل ؟ قال أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها ^(٧) . ويستحب ان تكون على الأقارب لقوله عليه السلام لميمونة وقد أعتقت خادماً لو اعطيتها لأخوالك لكان أعظم ^(٨) لأجرك ^(٩) ففضل العطية للأقارب على العتق، لأنه صدقة وصلة ^(١٠)؛ وقد قال مالك صدقتك على ابن عمك اليتيم أفضل من العتق ، ثم في الجيرة وفي الإصلاح ورفع الشحناء، لقوله عليه السلام لما قالت له عائشة

-
- (١) الآية ٩٠ من سورة النحل .
 - (٢) أخرجه أحمد والبخاري من حديث جابر وأحمد ومسلم وأبو داود من حديث حذيفة بن اليمان ، انظر فيض القدير ٣٢/٥ .
 - (٣) كلمة (ظهر) في د .
 - (٤) الآية ٢١٩ - من سورة البقرة .
 - (٥) عبارة (والأول أحسن . . . رضي الله عنه) ساقطة في د .
 - (٦) الآية : ٩٢ من سورة آل عمران .
 - (٧) أخرجه مالك وأحمد والبخاري وابن ماجه من حديث أبي هريرة .
 - (٨) في د : لك اجرا - والرواية ما في ي : لأجرك .
 - (٩) أخرجه مسلم بلفظ : لو اعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك ، انظر الفتح الكبير ٣٨/٣ .
 - (١٠) كلمة (قد) ساقطة في د .

رضي الله عنها ان لي جارين فألى أيهما أهدي ؟ قال لأقربهما؛ وسر ذلك ان الجوار له حق والقرب له حق، فيجتمع في الجار القريب الأمران مع الصدقة كما اجتمع في القريب، ومعروفان أفضل من معروف. قال غيره تقدم الأنثى على الذكر ، لأن وقع الإحسان مع ضعف الأنوثة أتم ، ويقدم العالم على الجاهل ، لأن قيام بنيته تنفع الناس، والصالح على الطالح ، لأن بنيته يتنفع بها في عبادة الله تعالى؛ والفقير الذي كان غنياً على من لم ⁽¹⁾ يزل فقيراً ، لقوله عليه السلام ارحموا عزيز قوم ذل وغني قوم افقر ⁽²⁾ فان ضرره بالفقر أوقع ؛ وقيل له عليه السلام أي الناس أحق بيدي قال أملك ، قال ثم من ؟ قال أملك ، قال ثم من قال أبوك ⁽³⁾ . فجعل لها ثلثي البر وهو يدل على أفضلية الإحسان للإناث على الذكور من كل نوع .

فروع

قال ابن يونس قال مالك : لا تُشترى الصدقة من المتصدق عليه ولا من غيره، ولا ترجع إليه باختيار من شراء أو غيره وان تداولتها الأملاك والموارث، لقوله عليه السلام في البخاري ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قيته . قال مالك يجوز أكل لحم غنم تصدقت بها على ابنك الكبير ، وتشرب من لبنها وتلبس من صوفها إذا رضي الولد ؛ وكذلك الأم بخلاف الابن الصغير ، ولأجل الحجر ، ومال الكبير كمالك ؛ وان تصدقت على أجنبي بنخل أو دابة فلا تأكل من ثمرها ولا تركبها ولا تتنفع بها ولا شيء من ثمنها بعارية أو غيرها ؛ ولو تصدق به عليك لا تقبلها للحديث المتقدم ، وقال ⁽⁴⁾ محمد إذا لم يبتل الأصل

(1) كلمة (لم) ساقطة في د .

(2) حديث موضوع ذكره ابن الجوزي في الموضوعات 1/ 137 ، وانظر مختصر المقاصد الحسنة ص 55 .

(3) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي من حديث معاوية بن حيدة ، وابن ماجه من حديث أبي هريرة . انظر فيض القدير 2/ 195 - 196 .

(4) في د : قال .

بل تصدق بالغلة عمراً أو أجلاً، فله شراء ذلك؛ قاله مالك وأصحابه إلا عبد الملك، واحتج بالحديث؛ وجوابه المعارضة بالحديث الآخر في شراء العرية. وإن جعلت الثمرة أو الخدمة إلى أجل والرقبة بعده لآخر فلا يجوز شراؤك، ويجوز لمن له مرجع الأصل ولورثته، لأنه لم يتصدق؛ ويجوز لصاحب الغلة شراء الأصل ممن جعل له - قاله مالك؛ قال اللخمي المشهور أن النهي عن شراء الصدقة على الندب والكراهية، وقال الداودي حرام؛ فعلى الأول إذا نزل مضى، وعلى الثاني⁽¹⁾ يفسخ، وألحق مالك الزكاة الواجبة بالتطوع؛ واختلف في الاجزاء إذا فعل، قال وأرى الاجزاء.

فروع

في الكتاب: تصدقت عليه بمائتك، أو وهبته وتنازعتما في الثمرة؛ فإن لم تؤثر يوم الصدقة، فهي للمعطى تبعاً؛ وإلا فلك البيع ولا يمين عليك، لأنه لم يحقق الدعوى في الثمرة؛ ويحوز الرقاب والسقي عليك لأجل ثمرتك ويتولى ذلك هو حتى يتم الحوز، قال ابن يونس لو حقق الدعوى لحلفت⁽²⁾.

فروع

في الكتاب: وهب النخل واستثنى الثمرة عشر سنين، فإن كان الموهوب يسقيها بمائه⁽³⁾ امتنع للغرر في بذل المال في السقي وفيما لا يعلم حصوله كمن وهب فرسه ليغزو عليه سنين ونفقته على الموهوب، ثم هو له بعد ذلك واشتراط عليه عدم البيع؛ ولو كانت النخل بيدك⁽⁴⁾ تسقيها وتقوم عليها جاز، كأنك⁽⁵⁾ وهبتها بعد

(1) في ي الآخر.

(2) المدونة: م 6 - ج 15 / 115 - 116.

(3) في ي: بمائك.

(4) كلمة (بيدك) ساقطة في د.

(5) في ي: وكأنك.

عشر سنين ان سلمت ولم تمت انت ولم تستدع ؛ وقال أشهب لا يبطل شرطه في الفرس العطية بل يتعجله ويزول الخطر ، كمن أعار رجلاً سنة ثم آخر بعده⁽¹⁾ وترك المعار عاريته فيتعجل الثاني⁽²⁾ ؛ قال اللخمي إذا كان السقي عليك وطلب أخذ النخل لم يكن ذلك له ، قال وأرى ان قلت هي لك من الآن وثمرتها لي عشر سنين وسقيها على ان تجبر على تحويزه إياها الآن ؛ وان تعدى عليها أجنبي فقطعها فالقيمة للموهوب ، وان قلت هي لك بعد عشر سنين فالقيمة لك .

فروع

في الكتاب : أشهد ان لفلان في ماله صدقة مائة دينار لزمته ان يحملها ماله⁽³⁾ ، وإلا لم يتبع بما عجز ، لاختصاص اعترافه بماله .

فروع

قال : إذا مات الحر أو العبد قبل الحوز لورثة الحر وسيد العبد القبض للزوم العقد⁽⁴⁾ .

فروع

قال اللخمي : إذا وهبت دينك للميت المديون اقتسمه الورثة على الفرائض ، أولهم اقتسموه الذكر والأنثى سواء للزوجة والزوج ، إلا أن تقول على السهام ؛ لأن الأصل في الشركة التسوية ؛ ولو طرأ وارث بعد القسمة فقال قد صار الى ميراثي ، أو تركته لكم اقتسموه على الفرائض ، قال وينبغي في تركته لكم القسمة بالتسوية ؛ وان طرأ غريم آخر وكان الأول قد قال وهبت ديني لكم ، فللورثة ان

(1) جملة (ثم آخر بعده) ساقطة في د .

(2) المدونة : م 6 - ج 116 / 15 - 117 .

(3) كلمة (ماله) ساقطة في د .

(4) كلمة (العقد) ساقطة في د .

يضرّوا بدين الأول ويأخذوا ما ينوبه . وقال ابن عبد الحكم^(١) إن قال أسقطت ديني لم يخاصص الورثة بدينه إذا كان الميت معروفاً بالدين ، وإلا فإن كان الورثة فقراء حمل تركه على الدين بالورثة فيتحاصون فيه .

فروع

في الكتاب : إذا وهبت المبيع بيعاً فاسداً قبل تغييره في سوقه أو بدنه جازت الهبة ان قام بها الموهوب، أو بعد تغير سوقه امتنع للزومه للمبتاع بالقيمة ؛ وان أعتقته قبل تغير سوقه أو بدنه ، جاز أيضاً لبطلان العقد؛ قال ابن يونس قال أشهب لا يعتق إلا بعد الفسخ ، لأن ضمانه من المشتري^(٢) . قال اللخمي قال محمد للموهوب القيام بعدموتك وقبل الفوت، وإذا وهبته قبل الفوت ورضي المشتري بامضاء الهبة جاز ، وانتقض البيع وصار وديعة في يد المشتري ولا ضمان عليه؛ وتصح حيازته للموهوب له، وان لم يقل له أنا أحوزه لك فقولان يخرجان من هبة الوديعة، لأن يد الواهب ليست عليها فتصح ؛ وان تمسك المشتري بالمبيع ولم يرض بقبضه ولا بامضاء الهبة ثم فات، مضى حكم البيع ان كان مختلفاً في فساده؛ وان اجتمع على فساده مضت الهبة، لأن العقد أبقي نقل الضمان دون الملك؛ وان علمت بالفوت وان الحكم عدم الرد ، حمل على أنك أردت هبة القيمة ؛ فان مات العبد قبل الهبة أخذت القيمة ، لأنه لا يجهل أحد ان الموت فوت ؛ قال صاحب النكت إذا وهب قبل حوالة السوق ولم يقبضه حتى حالت السوق بيع المبتاع ، قال أبو محمد بطلت الهبة للفوت قبل الحوز، ثم رجع إلى ان الهبة وقعت في حالة وجوب رد العين، فهبة البائع فوت لانتقاله عن ملكه .

فروع

في الكتاب : إن وهب المرهون جاز وتعطي ما عليك^(٣) ان كان لك مال،

(١) في ي : ابن القاسم .

(٢) الملوثة : م 6 - ج 121 / 15 .

(٣) في ي : عليه .

فان لم يقم عليك حتى فديته ، أخذه بعقد الهبة ما لم تمت فتبطل الهبة⁽¹⁾ ؛ وتصح هبة المغصوب واشترط الأئمة القدرة على التسليم ، فمنعوه من غير الغاصب والبحث يرجع إلى جواز هبة المجهول والغرر، فنحن نبيزه وهم يمنعون ، فان المغصوب أسوأ أحواله أن يكون غرر، وليس حوز المرتهن والغاصب حوزاً، لأنهما حازا لأنفسهما، بخلاف من أخدم عبده سنين ثم هو هبة بعد ذلك ، فقبض المخدم قبض للموهوب، وقال أشهب ان قبض الموهوب قبل قبض المرتهن⁽²⁾ فهو أحق إن كان الواهب ملياً ويعجل الحق؛ وفي هبة الثواب يعجل الحق كالبيع⁽³⁾ . قال اللخمي قيل ليس عليك افتكاك الرهن إذا حلفت أنك لم ترد تعجيله، لأنه تجديد حق عليك؛ ويخير المرتهن بين ترك الرهن وبين نقله إلى الأجل، فإن حل والواهب موسر قضى الدين وأخذه الموهوب؛ فإن كان يجهل ان الهبة لا تصح إلا بعد تعجيل الدين، حلف على ذلك ولم يجبر على التعجيل.

فروع

ابن يونس : إذا اشترط على الواهب ألا يبيع ولا يهب بطلت الهبة والصدقة ، لأنه شرط مناقض للعقد ؛ قال مالك إلا في السفينة والصغير ، فيشترط ذلك عليه للبلوغ أو الرشد ، لأنه مقتضى حالها ؛ وقال أشهب هي حبس عليه وعلى عقبه نظراً لموجب الشرط، فإذا انقضوا رجعت حبساً على أقرب الناس بالمعطي يوم المرجع ؛ قال ابن القاسم ولو قال ان أردت بيعه فأنا أحق به بطلت للحجر ، وعن مالك الجواز؛ قال اللخمي عن ابن القاسم إذا وهب على ألا يبيع ولا يهب ان نزل مضي ، وهو على شرطه ، لأن الهبة معروف كالحبس

(1) المدونة م 6 - ج 121 / 15 .

(2) في د : الرهن .

(3) المدونة م 6 - ج 122 / 15 .

فيقبل الشرط^(١) ولا يبيعها إلا على ما جوزه مالك دون ابن القاسم ؛ وجوز المغيرة هبة الأمة على أن كل ولد تلده له ، لأن المقصود خدمتها ومنافعها ؛ وإن وهبها على أن يتخذها أم ولد، قال ابن القاسم يجوز وطؤها، وإن أدركت قبل الوطء خير الواهب بين امضائها بغير شرط أو يردها ؛ فإن وطئها تقررت . وقال أصبغ إن علم بذلك بعد الوطء وقبل الحمل ، خير الواهب بين الامضاء بغير شرط وبين ردها؛ ولو أفاتها^(٢) الموهوب بعق أو تدير أو بيع لزمته قيمتها للفقوت، وقال ابن عبد الحكم الهبة جائزة ويؤمر الموهوب بالوفاء بالشرط؛ فإن قال لا أعطيها الولد، أمر بذلك ولم ينزع منه.

فروع

قال ابن يونس قال ابن القاسم : إذا قال إن ضمنت غني الدين فداري صدقة عليك لا تلزم الصدقة ولا الضمان ، لعدم الرضى بالهبة بالبيت ؛ وقال إذا قالت لك امرأتك وقد مرضت إن حملتني إلى أهلي فهري صدقة عليك فذهبت إلى أهلها لتقطع ما جعلت له سقط المهر ، وإن بدا له^(٣) هو رجعت عليه بالمهر توفية بالشرط ؛ وإن قبلها على أن يتخذها أم ولد، حرم وطؤها لفساد الهبة بالتحجير ؛ فإن حملت بوطئه، فهي أم ولد ولا قيمة عليه توفية بالشرط ؛ بخلاف إذا أحلت له، عليه القيمة ، لأن المحلل لم يعطه الرقبة؛ فإن لم تحمل فهي له ، ولا ترد الصدقة ، لأنه طلب الولد بالوطء فقد وفى بالشرط؛ وإذا قال إن حفظ ولدي القرآن فله داري وأشهد على ذلك، وفى له بالشرط؛ وإن عمله تحريضاً، فلا شيء له .

فروع

في الكتاب : للأُم الاعتصارُ لهبة ولديها في حياة أبيه أو ولدها الكبار قياساً

(١) في د : الشروط .

(٢) في د : أفاته .

(٣) في د : لها .

على الأب، إلا أن ينكح أو يتداين لتعلق الحق بها؛ وإن لم يكن له أب حين الهبة لا تعتصر، لأن الهبة لليتيم صدقة والصدقة لا تعتصر؛ وإن وهبته وهو صغير وأبوه حي مجنون مطبق، فهو كالصحيح لها الاعتصار⁽¹⁾؛ وللأب اعتصار من الصغير والكبير ما لم ينكح أو يتداين أو يحدث في الهبة حادثاً، أو يطأ الأمة، أو تتغير الهبة في نفسها لانفعال العين كالبيع الفاسد؛ وله⁽²⁾ الاعتصار وإن كانت الأم ميتة عند الهبة، لأن اليتيم من الأب في بني آدم دون الأم، وفي البهائم بالعكس؛ ولا يكون له اعتصار ما وهبه غيره، لأن مال الابن معصوم وليس لغير الأبوين اعتصار من جد أو جدة أو ولد؛ ووافقنا (ش) وأحمد في اختصاص الأب والأم بالاعتصار - وإن علياً، وخالفنا (ش) وأحمد في الرجوع في الصدقة فجوزاه ووافقنا (ح) فيها؛ وجوز الرجوع من كل واهب إلا من وهب لذي رحم محرم، لأن أصل الهبة عنده على الجواز؛ وإنما⁽³⁾ امتنع الرجوع لتوقع العقوق بين ذوي الأرحام المحرمة، وناقض في الزوجين فنق⁽⁴⁾ الاعتصار بينهما، واشترط حكم الحاكم في الرجوع، وعلى الحاكم أن يحكم بذلك؛ حجته قوله - عليه السلام من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يشب منها، ولكنه كالكلب يعود في قيئه⁽⁵⁾، بالقياس على الوصية بجامع التبرع؛ خولف ذلك في ذي الرحم لقيام معارضة العقوق، وفي الزوجين لمعارض المواصله فيبقى ما عداه على مقتضى القياس والجواب عن الأول منع الصحة أو حمله على الأبوين أو على ما قصد به هبة الثواب، وعن الثاني الفرق بأن الوصية عند مفارقة الدنيا

(1) المدونة : م 6 ج 135 / 15 .

(2) المصدر السابق : م 6 ج 136 / 15 .

(3) في د : يمتنع .

(4) في د : فنموا .

(5) أخرجه الحاكم والبيهقي من حديث ابن عمر، ذكره في الجامع الصغير بدون

زيادة : (ولكنه كالكلب يعود في قيئه) . انظر فيض القدير ج 6 / 239 .

يجوز الرجوع فيها حتى لا ينفر الناس من الإحسان بالمال خوفاً من عدم الموت فيعيش فقيراً؛ فإذا علم أن له الرجوع؛ أمن فكثر الوصية وجاد؛ والهبة في الحياة بخلاف ذلك، لأن المال مطلوب الحفظ فاستغنى عن الترخيب بما ذكرناه؛ سلمنا عدم الفرق، ولكنه معارض بالقياس على البيع، وبقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وبقوله عليه السلام في أبي داود لا يحل لرجل يعطي عطية يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده⁽¹⁾. وهو نص في صحة مذهبنا، وإبطال مذهبكم حيث جوزتم وحيث منعتم؛ وقال (ش) لا يمنع الاعتصار الزواج ولا الفلس ولا نقصان الهبة، ولا وطء الولد، ولا الزيادة غير المتميزة كالسمن والصنعة، والزيادة المتميزة كالصوف والكسب، يرجع في الأصل دون الزيادة، ولا البيع إذا رجعت بهبة أو ميراث؛ ويبطل الرجوع الهبة المتصلة بالقبض وأحوال الأمة؛ وقال أحمد يبطل الاعتصار الخروج عن الملك وإن عادت إليه، والاستيلاء لتعذر الملك، بخلاف التديير والهبة والوصية قبل القبض والوطء والتزويج والإجارة وكل تصرف لا يمنع من التصرف في الرقة، ويمنع الاعتصار المدائنة وتزويج الولد ذكراً كان أو أنثى والزيادة المتصلة، وقاله (ح): فيها بخلاف المنفصلة؛ ولا يمنع تلف بعضها ونقصها، قال صاحب الخصال ليس للوالد الاعتصار في اثني عشرة صورة في مذهب مالك: إذا تزوج الولد⁽²⁾ أو استدان، أو مرض أو مرض الوالد، أو وهبها لصلة الرحم، أو القرابة أو لوجه الله، أو لطلب الأجر؛ أو قال هبة لله، أو كانت جارية فوطئها الابن، أو يريد بها الصلة، أو تغيرت؛ وقال ابن بشير للاعتصار سبعة شروط: أن تكون الهبة قائمة لم يحدث فيها عيب ولم يتعلق بها حق لغريم أو زوج أو زوجة والواهب أب والموهوب له غير فقير.

فائدة: قال صاحب التنبهات الاعتصار لغة الحبس والمنع، وقيل

(1) في د: لولده، والرواية على ما في ي (ولده)، انظر سنن أبي داود ج 2/ 261.

(2) كلمة (الولد) ساقطة في د.

الارتجاع ؛ قال وهو يدخل في الهبة وغيرها من النحل دون الأقباس والصدقة ، ولو كانت بلفظ الهبة إذا قال لله تعالى أو لصلبة الرحم ؛ كما أن الصدقة إذا شرط فيها الاعتصار فله شرطه، والعمرى كالحبس وقيل كالهبة ؛ وخرج من قول مالك في العتبية أنه يأكل مما تصدق به على ابنه الصغير⁽¹⁾ - جواز اعتصار الصدقة ، قال ابن يونس قال ابن دينار زواج الذكر لا يبطل الاعتصار بخلاف الأنثى ، لأن الصداق بذل لملها ؛ وقال محمد إذا وهبت الأم ولدها الصغير فبلغ قبل موت أبيه ثم مات أبوه ، لها الاعتصار قياساً على الأب؛ وإن مات الأب قبل بلوغه ثم بلغ لم تعتصر، لأن موت الأب قبل البلوغ يقطع الاعتصار لتعلق الحجر بالمال من غيرها فيرتفع به⁽²⁾ سلطانها، لأنها لا تلي المال فلا تعود بعد ذلك ؛ وإذا وهبت لولدها اليتيم الموسر، فلها الاعتصار ، لانتفاء دليل الصدقة وهو الحاجة قاله أشهب؛ وقال عبد الملك: إذا وهبت وقبضها الأب لا تعتصر لدخولها تحت ولاية الأب ، وكذلك إذا حاز الوصي ؛ ولو كانت هبة ، اعتصرت لممكنها من التصرف في الهبة بالولاية كان له أب أم لا ؛ وإذا انقطع الاعتصار بالنكاح ، لا يعتد بالطلاق أو موت الزوج لتقرر الملك ، وكذلك إذا زال النكاح المذكور أو دينهم ؛ أما مرض الأب أو الابن إذا زال، عاد الاعتصار ، لأنه لحق الغير ، كما يزول الحجر بعد ثبوته قاله سحنون ؛ وعن مالك المرض كالذين قياساً عليه ، وقال المخزومي لا يفيت وطء الأمة وتوقف ، فإن حملت بطل الاعتصار ؛ وقال ابن القاسم يكني الوطاء لأن تحريمها يعتبر بحالها ، ولما فيه من الكشف ؛ ويكني تقرير النكاح الثاني في مسئلة الوليين وإن كان باطلاً لتأخره ، ويصدق الابن في الوطاء إذا غاب عليها ، لأنه أمر لا يعرف إلا من قبله كالعدد ، فعند ابن القاسم إذا علم أن الابن يزوج لأجل غناه لا لأجل تلك

(1) في د : أمته .

(2) كلمة (به) ساقطة في د .

الهبة ، لأبيه الاعتصار ؛ وكذلك إذا وهبه ما قيمته عشرون ديناراً وهو له ألف دينار، له الاعتصار وان تزوج، لأن عدم الاعتصار إنما كان نفيّاً للضرر الذي يتوقع من الاعتصار حيث يعلم انه إنما يزوح اعتياداً على الهبة ؛ وعن مالك يمتنع الاعتصار ، لأنه قد قوي بها ؛ وإذا وهبه دنائير فجعلها على يد رجل فصاغها حلياً لا يعتصره لغيره ، كما لو اشترى به جارية ؛ قال مالك للآثم من الاعتصار ما للأب والجد والجدّة كالأبوين ، لاندراجهم في حرمة المصاهرة في عدة مواضع ، فكذلك⁽¹⁾ يندرجان في لفظ الوالد في الحديث المتقدم ، وما يعتصر إذا اثاب الابن منه لا يعتصر ، لانتقاله لباب البيع ، وكذلك إذا أثنابه عنه غيره ؛ وإذا نمت الهبة في بدنها فلا اعتصار ، لأنها حينئذٍ غير العين الموهوبة ؛ ولا يمنع حوالة الأسواق ، لأنها رغبات الناس، فهي خارجة عن الهبة ؛ ويمنع مرض الأب لأنه حينئذٍ يعتصره لغيره ، فيمنع كما يمنع من الأخذ بالشفعة لبيع ؛ قال اللخمي قال مالك وابن القاسم للآثم الاعتصار ، وقال عبد الملك ان حازها الأب لم تعتصر⁽²⁾، لأنها في ولاية غيرها ؛ وكذلك إذا لم يكن له أب وليس في ولايتها، وإنما تعتصر ما في ولايتها؛ قال قال والأول أحسن، لأن الأب يعتصر هبة ولده الكبير بعد قبضها وخروجها عن ولاية الأب ؛ قال وفي منع حدوث العيب بالهبة الاعتصار قولان، قال وعدم المنع أحسن ، لأن ضرره على الواهب ؛ وضمن الهزيل وكبر الصغير فوت ، لتعلق حق الموهوب إلا أن يكون هو المنفق على العبد قاله محمد ، لأنه كماله ؛ وفي تزويج الأمة الموهوبة قولان ، لأنه عيب؛ وإذا ولدت له أخذ الأمة دون ولدها والزوجية بحالها ، لأن الزوجية عيب فلا يفتى؛ والولد إنما يمال السيد، لأن الزوج ينفق على الزوجة والسيد على الولد ، إلا أن يعتصر بقرب الولادة ؛ وبناء الأرض وغرسها قوت ، خلافاً لـ (ش) لأنه ينقص الأرض ويوجب حقاً للموهوب ؛ وهدم الدار ليس

(1) في ي : وكذلك .

(2) في ي : يعتصرها .

قوتاً ، إلا أن يهدمها الابن ، لأنه ينفق عليها ، إلا أن يعتصر العرصة وحدها ؛ وإذا لم يكن عنده سوى الهبة فاشتري سلعة للتجارة امتنع الاعتصار ، لتعلق حق القضاء بها ؛ ومرض الأب أو الابن يمنع ، لتعلق حق الورثة من جهة الابن ، ويكون الأب يعتصر لغيره - قاله محمد ؛ وعنه مرض الأب غير مانع، لأن المرض يوجب الحجر والحجر لا يمنع تحصيل المال ، بل اخراجه ؛ كما له أخذ مال مديره وأم ولده في مرضه، وإن كان الأخذ لغيره ؛ وإذا اعتصر في المرض ثم صح ثم الاعتصار ، لأنه تين أنه في حكم الصحيح ؛ قال وينبغي أن يوقف إن مات سقط وإلا ثبت ، وقيل إذا طلب الاعتصار في المرض⁽¹⁾ ثم صح لم يعد الاعتصار، قال وليس بحسن؛ وإذا تقدمت المداينة وغيرها من الموانع الهبة لا تمنع الاعتصار، وقال عبد الملك تمنع وليس بحسن، فإنه لم يزوج لأجلها ولا أدان لأجلها والمرض لم يطرأ عليها ؛ واختلف في الاعتصار من الولد الكبير الفقير: فقيل يعتصر لظاهر الحديث، ومنع سحنون قال وإنما⁽²⁾ يعتصر إذا كان في حجره وإن كان فقيراً، لأنه المنفق عليه فهو غني به، أو ليس في حجره وهو غني، لأن الهبة قد تكون لقصد سد خلته إذا كان فقيراً ؛ وتعصر الأم إذا كان الابن موسراً - كان أبوه موسراً أو معسراً ، ويختلف إذا كانا فقيرين ، فقياساً على الولد الفقير قاله أشهب، ومنع من الفقير الصغير ، لأنه صدقة حيثئذ ، والمذهب الاعتصار من الكبير الفقير ؛ وإن لم تعتصر الأم في الصغير حتى مات الأب، لها الاعتصار نظراً إلى حالة العقد وقيل لا تعتصر .

فرع

في الجلاب : إذا وهب لولده⁽³⁾ دنانير أو مثلياً فخلطه⁽⁴⁾ بمثله، بطل

(1) جملة (في المرض) ساقطة في د .

(2) في ي : وقال : إنما .

(3) في د : له .

(4) في ي : فخلطها .

الاعتصار لتعذر التمييز ؛ وكذلك لو صاغها حلياً ، في شرح الجلاب يتعذر الرجوع .

فرع

قال الأبهري : لا يعتصر لغرمائه بدين متجدد بعد الهبة بل إنما يعتصر لنفسه ، كما يأخذ من ماله لينفق على نفسه دون غيره .

فرع

قال صاحب المقدمات : هبة الثواب مباحة ⁽¹⁾ ، خلافاً للأئمة ؛ قالوا لأنه بيع للسلعة بقيمتها أو بضمن مجهول ان لم يعينوا القيمة وهو ممنوع في البيوع اتفاقاً ، فكذلك ههنا ؛ ولأن موضوع الهبة التبرع لغة ، والأصل عدم النقل ؛ والتبرع لا يقتضي عوضاً ، فلا تكون الهبة تقتضي ثواباً ؛ ولأن كل عقد اقتضى عوضاً غير مسمى ⁽²⁾ لا يفترق فيه الأعلى مع الأدنى ، كالنكاح في التفويض ؛ فلو اقتضت الهبة لاستوى الفريقان ، وبالقياص على الوصية بجامع التبرع ؛ والجواب عن الأول الفرق بأن هبة الثواب وان دخلها العوض فقصودها أيضاً المكارمة والوداد ، فلم تتمحض للمعاوضة والمكايسة ، والعرف يشهد لذلك ، فلذلك جاز فيها مثل هذه الجهالة والغرر ؛ كما جوز الشرع الذهب والفضة والطعام لا يداً بيد في القراض ⁽³⁾ ، لأن قصده المعروف فظهر الفرق ؛ وعن الثاني إن أردتم ان كل هبة موضوعها التبرع فهو مصادرة على ⁽⁴⁾ محل النزاع ، لاندراجها في هذه الكلية ؛ وإن اردتم ان بعض الهبات كذلك فسلم ، ولا يضرنا ذلك ؛ لأن عندنا ان هبة الأدنى للأعلى موضوعة للعوض ، والأعلى للأدنى للتبرع بشهادة العرف فيكون

(1) انظر المقدمات ج 2/ 443 - 444 .

(2) كلمة (لا) ساقطة في د .

(3) جملة (في القراض) ساقطة في د .

(4) في ي : عن .

لغة كذلك ؛ لأن الأصل عدم النقل والتغيير . وعن الثالث الفرق بأن النكاح للعوض فيه لازم شرعاً لا يتمكنان من إسقاطه ، فلذلك اطرء في جميع^(١) الصور ، والسلعة قائمة للعوض وعدمه ؛ فإذا اقترن بها ما يدل عليه أو على عدمه اتبع ذلك الدليل ، أو بقلبه فيقول عقد يقصد للوداد فيقتضي العوض قياساً على النكاح ، بل عندنا ملحقة بنكاح التفويض يسكت عن العوض فيه ، ويلزم صدق المثل^(٢) كذلك ههنا يلزم قيمة المثل ؛ وعن الرابع الفرق بأن الوصية تراد لثواب الآخرة ، فلذلك لم تقتض أعواض الدنيا كالصدقة ؛ ثم يتأيد^(٣) مذهبنا بقوله تعالى ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنِ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾^(٤) وهو يشمل الهبة والهدية ، لأنها يتحیی بها ، وورودها في السلام لا يمنع دلالتها على حمل النزاع ، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ؛ ولأنه عليه السلام أهدى إليه أعرابي ناقة فأعطاه ثلاثاً فأبى ، فزاد ثلاثاً فأبى ، فلما كملت تسعاً قال رضيتم . فقال عليه السلام وأيم الله لا أقبل من أحد بعد اليوم هدية إلا أن يكون قرشياً أو انصاريّاً أو ثقفياً أو دوسياً . خرجه الترمذي وأبو داود بألفاظ مختلفة فدل^(٥) على أن الهبة تقتضي الثواب وإن لم يشترط ، لأنه عليه السلام أعطاه حتى أرضاه ؛ وروى عنه عليه السلام الرجل أحق بهيته ما لم يشب منها^(٦) ، وما زال الصحابة على ذلك رضي الله عنهم ، ولأنه مفهوم في العرف والعرف كالشرط ، ويشير إليه قوله تعالى ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبٍّ لَّا تَرْبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ﴾^(٧) ، لي لا أجر له فيربو فبقي الأجر ولم يثبت الإثم ، فدل ذلك على أنه عادة

(١) في ي : جملة .

(٢) كلمة (المثل) ساقطة في د .

(٣) في د : يتأكد .

(٤) الآية : ٨٦ من سورة النساء .

(٥) في ي : تدل .

(٦) أخرجه ابن ماجه من حديث أبي هريرة ، انظر فيض التقدير ٥٢ / ٤ .

(٧) الآية : ٣٩ - من سورة الروم .

العرف وعلى الإباحة . قال صاحب المقدمات وهي حرام على النبي عليه السلام ، لقوله تعالى ﴿ وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ ﴾⁽¹⁾ أي لا تعط شيئاً لتأخذ أكثر منه ، لشرف منصبه عليه السلام عن ذلك لما فيه من المسكنة⁽²⁾ .

فروع

في الكتاب : إذا شرط الواهب الثواب أو يرى أنه أراد به فلم يشب ، فله أخذ هبته ان لم تتغير في بدنها بنماء أو نقص بخلاف البيع ؛ وكذلك إذا أثابه أقل من قيمتها ، ولا يجبر الموهوب على الثواب إذا لم تتغير الهبة عنده ؛ ويلزم الواهب أخذ القيمة يوم وهبها ، لأنه يوم العقد ؛ وليس للموهوب ردها في الزيادة إلا أن يرضى الواهب⁽³⁾ ، ولا للواهب أخذها في نقص البدن إلا برضا الموهوب ولا بقيمتها عند الموهوب بحوالة الأسواق ، لأنها رغبات الناس خارجة عن الهبة ؛ وإذا عوض الموهوب الواهب أقل من قيمة الهبة ثم قام الواهب بعد ذلك أحلف ما سكت إلا للانتظار ؛ وتكمل له القيمة ، لأن الأصل عدم الرضى لا سيما بدون القيمة ، أو ترد الهبة ان لم تفت ؛ والصدقة للشراب كالهبة للثواب وهبة الدين للثواب تمنع إلا يداً بيد ، لقلا يكون فسخ دين في دين ؛ قال صاحب التنبهات قوله إذا شرط يقتضي جواز التصريح بالشرط ، لأن الثواب ثمن فالتصريح به جائز ؛ ومنع عبد الملك التصريح بالشرط ، لأنه بيع للسلعة بقيمتها . وللمسئلة أربعة أوجه : أن يسكت ويعلم طلبه للثواب بعادة أو ظاهر حال الهبة فيجوز اتفاقاً ، وإن يصرح فيقول أهبتك للثواب أو لشيئيني من غير ذكر⁽⁴⁾ شرط ، فجعله اللخمي كالأول متفقاً عليه ، وظاهر قول عبد الملك يقتضي المنع وإن يصرح بالشرط ؛ فالمنع الجواز ، وعبد الملك يمنع ، لأنه بيع بالقيمة وهو ممنوع اتفاقاً ؛ يقول

(1) الآية : 6 - من سورة المدثر .

(2) انظر المقدمات ج 2 / 444 .

(3) اللبنة : م 6 - ج 15 / 142 .

(4) كلمة (ذكر) ساقطة في د .

على ان تثبني كذا بعينه⁽¹⁾ فيجوز منه ما يجوز في البيع ، ويمتنع ما يمتنع ؛ وتنعقد الهبة الجائزة بالقبول . وقال عبد الملك لا تنعقد هبة الثواب إلا بالقبض ، قال اللخمي لم يختلف المذهب إذا فأت أنه يجبر على القيمة وليس له إذا أكثر؛ فإن كانت قائمة ، فكذلك أيضاً مذهب الكتاب ؛ وعنه : له أن يأبى ، وإن أثيب أكثر من قيمتها ، لقول عمر رضي الله عنه من وهب هبة يرى أنها للثواب فهو على هبته يرجع فيها ان لم يرض منها ؛ ولأنه لو أراد القيمة لباعها في السوق ؛ والأصل عصمة الأموال إلا برضى أربابها؛ قال وأرى إن أثيب منها ما يرى أنه كان يرجوه من هذا الموهوب، فانه يلزمه قائمة كانت أو فائضة، لأنه إنما رضي باخراج سلعته به.

فرع

في الكتاب : للواهب هبة الثواب المنع من القبض حتى يقبض العوض كالبيع ، فان قبض⁽²⁾ قبل العوض وقفت فيثيبه أو يردّها ويتلوم له ماله يضر⁽³⁾ وان مات الواهب للثواب وهي في يده فهي نافذة كالبيع ، وللموهوب أخذها ان دفع العوض للورثة ؛ ورثته⁽⁴⁾ تقوم مقامه كالبيع ، قال اللخمي المذهب له منعها حتى يثاب لحديث عمر رضي الله عنه . وقال محمد⁽⁵⁾ ليس له المنع من قبضها، لأن العادة تقدم تسليمها قبل الطلب ؛ وإذا كان الواهب مريضاً جاز له تسليمها على القول الأول قبل القبض ، وليس له على القول الآخر ، إلا ان يكون الموهوب له فقيراً ، فللورثة منعه منها ، وان قبضها منعه من بيعها حتى يثيب ؛ وإن كان موسراً لم يكن لهم منعه من البيع على المذهب ، وقيل يمنع ؛ ومتى

(1) كلمة (بعينه) ساقطة في د .

(2) في ي : قبضت .

(3) الملونة : م 6 - 138/15 .

(4) في ي : وورثة الموهوب .

(5) في ي : سحنون .

غاب على الجارية العلي، امتنع الرد خشية الوطء؛ وإذا امتنع الرد أبيع الوطء قبل الاثابة .

فرع

في الكتاب : لا ثواب في هبة النقدين ، لأنها يقصدان عوضاً لا معوضاً ؛ إلا أن يشترط، قيثاب عرضاً أو طعاماً حذراً من النساء في الصرف ؛ وإن وهب حلياً للثواب، عوض عرضاً لا معيناً ولا حلياً من فضة⁽¹⁾؛ قال ابن يونس وعن ابن القاسم إذا اشترط الثواب في النقدين ردت الهبة ، لأنها قيمة فلا تكون لها قيمة، ولأنهما حينئذ يباعا بما لا يعلم من أصناف العروض ؛ ولا ثواب في غير المسكوك من الذهب والفضة من التبر والسبائك والنقار والحلي المكسور ، وعنه يجوز التعويض على الحلي الصحيح للذهب فضة ، وعن الورق ذهباً . قال ابن القاسم إذا قال واهب الدنانير اردت الثواب بالعين لا يقبل قوله ، لكونه خلاف العادة ؛ ولو كان الواهب يعتقد أنه وهبها للثواب إذا لم يره الناس ، فإن الذي يقوم مقام الشرط العرف لا الاعتقاد؛ قال مالك إلا ان يقوم على ذلك دليل .

فرع

في الكتاب : إذا قدم غني من سفره فأهدى له جاره الفقير الفواكه ونحوها، فلا ثواب له ولا له ردها وإن كانت قائمة العين ، لأن العادة ان هذا للمواصلة⁽²⁾؛ وكذلك أحد الزوجين مع الآخر والولد مع والده والوالد مع ولده ، إلا أن يظهر القصد لذلك⁽³⁾ كهبة المرأة لزوجها الموسر جارية أو الزوج أو الولد يفعل ذلك يستعذر من أبيه ؛ قال ابن يونس قيل له أخذها ما لم تفت. قال محمد وأما القمح

(1) المدونة : م 6 - ج 15 / 138 .

(2) المدونة م : 6 - ج 15 / 138 - 139 .

(3) في د : للمالك .

والشعير يوهب للثواب ففيه الثواب ، قال ^(١) اللخمي : قال ابن عبد الحكم له الثواب في الفاكهة للقادم ونحوها ؛ وما وهبه القادم لجيرانه لا ^(٢) ثواب فيه ، لأنه العادة ، والعادة في هدية العرس والولائم للثواب ، غير أنهم يختلفون في القيام ؛ ومن علم ان مثله لا يطلب لم يكن له قيام ولا لورثته ان مات وان كان مثله يطلب ، فله ولورثته ؛ ومتى كانت العادة ان يثيب مثل الأول ، جاز لشبيهه بالقرض ؛ وان كان القصد ان يثاب أكثر ، فسدت وردت .

فروع

قال اللخمي : إذا كان الحكم ان لا ^(٣) ثواب ، فأثاب جهلاً أو أثاب من صدقة ، قال مالك يرجع في ثوابه ما كان قائماً لعدم سببه ، ولا شيء له ان فات ، لأنه سلطه كما قيل في صرف الزكاة لغير المستحق ؛ قال ابن القاسم ان أثابه دنانير فقال انفقتها أو هلكت حلف وبرىء ، أو سلعة أخذها وان نقصت ، وكذلك ان زادت ؛ إلا أن يعطيه قيمتها . قال وأرى ان يرجع في عوض ثوابه قبل الفوت اذ يصون به ماله ، ولا يصدق في الدنانير ولا غيرها مما يغاب عليه ؛ كما لا يصدق إذا استحق من يده وادعى التلف للتهمة ، ويصدق في الحيوان .

فروع

قال : ومتى قام دليل الثواب أو عدمه صدق ، وإن ^(٤) أشكل الأمر لم يكن له شيء ، لأنه سلطه ^(٥) ؛ والأصل عدم الاستحقاق وعدم خروج الهبة إلى باب البيع ، ومتى كانت من فقير لغني فالثواب ، أو بالعكس فعدم الثواب ، لأنه

(١) في د : قاله .

(٢) في د : فلا .

(٣) كلمة (أن) ساقطة في د .

(٤) في ي : أن .

(٥) في ي : سلط .

العادة ؛ أو من غني لغني فالثواب ، لأن عادة الأغنياء ⁽¹⁾ المكافأة ؛ أو بين فقيرين فقولان نظراً للفقير ⁽²⁾ ، أو لأن سنة الفقير للفقير كالغني للغني ؛ قال أشهب الهبة للغني فيها الثواب إلا أن يزيد ان يسعى له في حاجة ، لأن السعي ثواب ولا ثواب للسلطان ولا عليه ؛ وقال عبد الوهاب ان كان الواهب فقيراً فله الثواب ، لأنه يرجو رفق السلطان ؛ أو غنياً فلا ثواب ، لأن الأغنياء يحاسبون ذبا عن أموالهم ، إلا أن يكون طالبه بمظالم فهاداه ولم ⁽³⁾ يتركه ؛ أو قدم من السفر بتحف فهاداه ، فالعادة الثواب إلا أن يعلم ان المقصود الجاه . قال عبد الوهاب ولا فيما وهب للفقير أو الصالح ، قال ابن شعبان ولها الثواب ان وهبا إلا ان يكونا فقيهين ؛ وفي هبة أحد الزوجين للآخر قولان في الثواب ، وكذلك الوالد مع الولد ؛ وعلى القول بالثواب يصدق مدعيه ، والأقارب يختلفون في سقوط الثواب ؛ وأقواهم الجد والجدة يهبان للولد وليس كذلك هبته لهما .

فرع

في الكتاب : ما وهبته لذي رحمك وغلما نك للثواب ، لك طلبة ان أثابوك وإلا رجعت فيها ؛ وأما هبتك لفقيرهم فلا ثواب ، لأن ذلك قرينة الصلة والصدقة ؛ وكذلك هبة الغني للفقير الأجنبي أو فقير لفقير ، ولا يصدق في دعوى الثواب ، ويصدق الفقير للغني والغني للغني ؛ فان أثيب وإلا رجع فيها لقول عمر رضي الله عنه من وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ، إلا أن يرضى منها ؛ فان هلكت فله شرواه بعد أن يحلف بالله ما وهبتها لإرجاء أن أثاب عليها ⁽⁴⁾ .

(1) في ي : العادة في الأغنياء .

(2) في د : للفقير .

(3) في ي : فلم .

(4) المدونة : م 6 - ج 15 / 139 .

فائدة : قال صاحب التنبهات شرواها بفتح الشين وسكون الراء أصله⁽¹⁾ مثل الشيء ، والمراد ههنا القيمة لأن القيمة مثل ، ولذلك سميت قيمة لأنها تقوم مقام المتقوم ؛ قال وتحليفه مذهب الكتاب لهذا الأثر ، وقال ابن زرب لا يمين عليه ، لأن نيته أمر لا يعلم إلا من قبله . وقال أبو عمران⁽²⁾ ان اشكل الأمر حلف ، وان علم أنه أراد الثواب لا يحلف ؛ وفي الجلاب ينظر للعرف ،⁽³⁾ فان كان مثله يطلب الثواب صدق مع يمينه ، وأولا يطلب الثواب صدق الموهوب مع يمينه ؛ وان أشكل صدق الواهب مع يمينه ، لأن الاصل استصحاب الأملاك .

فرع

في الكتاب : إذا عوضك فلا رجوع لأحدكما ، لاستقرار الأملاك⁽⁴⁾ .

فرع

قال : إذا وهبت عبداً لرجلين فعوضك أحدهما عن⁽⁵⁾ حصته ، فلك الرجوع في حصة الآخر - ان لم يعوضك كما لو بعته منها ففلس أحدهما انت أحق بنصيبه من الغرماء⁽⁶⁾ .

فرع

قال : إذا عوض أجنبي عنك بغير أمرك عرضاً لم يرجع على الواهب ، بل عليك بقيمته ان رأى أنه أراد ثواباً منك ، لأنه وهبك دونه ؛ وان عوض دنائير أو دراهم ، لا يرجع عليك بشيء إلا أن يريد تسليفها⁽⁷⁾ لك ، لأن النقيدين لا

(1) في ي : أصلها .

(2) جملة (أبو عمران) ساقطة في د .

(3) في ي : أن .

(4) المدونة : م 6 - ج 141/15 .

(5) في د : من .

(6) المدونة : م 6 - ج 141/15 .

(7) في د : لتسليفها .

ثواب فيهما إلا بالشرط⁽¹⁾، قال التونسي قال محمد ان أثاب قبل تعيين الهبة ووجوب قيمتها فهو فاسد ، ويخير الموهوب بين رد الهبة على الواهب ويرجع للمثيب ما أعطى ، وحسبها ودفع الأقل من قيمتها أو ما أثابه الأجنبي له ؛ قال وقول محمد يرجع للمثيب قيمة عرضه أو قيمة الهبة يخرجها عن هبة الثواب ، لأن هبة الثواب فيها القيمة ليس إلا ، فهي أقل غرراً ؛ فكان الواجب أن يكون ذلك فاسداً ويرجع بقيمة ما دفع ليس إلا ، وظاهر كلام محمد اجازة هذا الفعل لأن جعل له الأقل إذا تمسك الموهوب بالهبة الأولى ، أو فاته ؛ ويلزم إذا تكفل عن رجل بدنانير فصالح عن المكفول بعرض ، فانه لا يدري هل ترجع إليه قيمته أو عينه ، مع أن القاعدة تقتضي بطلان الفرعين للجهالة ؛ قال ابن يونس يريد في الكتاب أنه يرجع بقيمة العرض أي بالأقل من قيمته أو قيمة الهبة .

فروع

في الكتاب : إذا تغيرت عند الموهوب في بدنها بزيادة أو نقص ، فليس لك ردها ، ولا يفيتها حوالة الأسواق أو بخروجها عن العين الموهوبة ، لأنها رغبات الناس⁽²⁾ . قال صاحب المقدمات فيما يلزم به القيمة للموهوب أربعة أقوال : مجرد القبض فوت يوجبها ولا يردها إلا بتراضيها قاله مالك ، وقال ابن القاسم حوالة الأسواق فوت يوجب القيمة ولا تفوت إلا بالزيادة دون النقصان لابن القاسم أيضاً ، وعنه لا تفوت إلا بالنقصان ؛ فالأول قياساً على البيع ، لأن القيمة كالمن ؛ والثاني قياساً على البيع الفاسد ، والثالث لأن الزيادة توجب تعلق الحقين بخلاف النقصان ، لأنه حق لأحدهما . والرابع لأن النقص خلل في العين ، فهي كالثاذهبة وهي مع الزيادة باقية فلا فوت ؛ واختلف في أخذها بعد الفوت هل يستغنى عن معرفة قيمتها أو يحتاج وهو الصحيح ، إذ ليس له رد

(1) المدونة : م 6 - ج 15 / 141 .

(2) المدونة : م 6 - ج 15 / 141 .

عيناها إلا بتراضيهما عند ابن القاسم وأخذ عيناها بعد الفوت لا يحتاج إلى ذلك ، إن قلنا له اثابة العروض بعد الفوت ، وإلا احتاج نفياً للجهالة⁽¹⁾ .

نظائر : قال ابن بشير في نظائره أربعة مسائل لا تفتيها حوالة الأسواق : هبة الثواب ، واختلاف المتبايعين ، والسلعة التي هي ثمن العيب ، والكذب في المراجعة ، والبيع الفاسد في الأصول والمكيل والموزون .

فرع

قال صاحب المقدمات : ومتى يلزم الواهب القيمة إذا بذلت له ولا يكون له ردها إذا لم يرض منها أربعة أقوال: بمجرد الهبة وإن لم تقبض كالبيع وهو القول بوجوب تسليمها قبل قبض القيمة . والثاني القبض وهو المشهور ، لأنه سلطه على العين؛ والثالث التغير بزيادة أو نقصان لانتقال العين إلى عين أخرى كأنها هلكت. والرابع فوات العين بالكلية بهلاك أو عتق أو غيره⁽²⁾ .

فرع

قال : إذا قلنا يلزم الواهب تسليم الهبة قبل قبض الثواب فضمانها من الموهوب ولا يجري فيها الخلاف الذي في المحبوسة بالثمن والقيمة يوم الهبة لا يوم القبض اتفاقاً⁽³⁾ ، فإن⁽⁴⁾ قلنا لا فيجري⁽⁵⁾ الخلاف الذي في المحبوسة بالثمن⁽⁶⁾ ، لأنها محبوسة بالثواب ، والخلاف في لزوم القيمة يوم الهبة أو يوم القبض على الخلاف في الضمان .

فرع

قال : للواهب الرجوع في الهبة حتى يعطى قيمتها عند ابن القاسم أو أكثر

(1) انظر المقدمات 445/2 .

(2) انظر المقدمات 445/2-446 .

(3) المصدر السابق .

(4) في ي : وإن .

(5) في ي : لا بل فيجری .

من قيمتها عند مطرف ، وله ⁽¹⁾ الرجوع وان أعطى أكثر من القيمة وان زادت أو نقصت نظراً لضعف العقد، وقياساً على الوصية فهي ثلاثة أقوال ⁽²⁾ .

فرع

في الكتاب : لا يعوض عن الحنطة حنطة أو ثمراً أو مكيلاً من الطعام أو موزوناً إلا قبل التفرق خشية النساء والتفاضل ، إلا أن يعوضه مثل طعامه صفة وجنساً ومقداراً فيجوز لبعد التهمة ؛ ولا يعوض دقيقاً من حنطة ولا من جميع الحلي إلا عرضاً حنطاً من الصرف المستأخر ⁽³⁾ . قال اللخمي فيما يلزم بذله ثلاثة أقوال : قال ابن القاسم له أن يثيبه بأي صنف شاء إلا مثل الحطب والتبن ، لأنه لا يتعاطاه الناس ، والمقصود حصول القيمة ؛ وقال سحنون كل ما فيه قيمتها لأنها المطلوبة ، وقال أشهب لا يثيب ⁽⁴⁾ إلا بأحد النقدين ، لأنها قيم الأشياء ولا يجبر على قبول العروض وان وجد بالعرض أو العبد ⁽⁵⁾ عيباً ، قال ابن القاسم لا يرد به ، لأن المقصود ان يعوض أكثر مما خرج من يده لا تحقيق عين المأخوذ . وقال أشهب يرد بما يرد به في البيع ، لأنه عرض القيمة ؛ قال وبنبغي ان يكون مقاله في العيب الكثير ، ولا يجبر على قبول ما يتأخر قبضه كخدمة العبد وسكنى الدار بل النقد ، لأنه قاعدة المعاوضة ؛ ولا يعوض آبقاً ولا جنيناً ولا ثمراً لا يصلح للبيع ، لأن هذه الهبة بيع لا يجوز في عوضها ما يمتنع في البيع ولا يعوض من جنس الهبة أكثر منها بعد الاقتراق ؛ ويمتنع من هذا ما يمتنع في البيع ، فلا يأخذ في الطعام أكثر ولا أجود ، واختلف في الأدنى صفة وكيلاً لعدم التهمة ، وعن ابن القاسم جواز الدقيق في القمح ، لأنه غير طعامه ؛ وان رد جملة الدقيق الذي

(1) في د : أوله .

(2) انظر المقدمات 442/2 .

(3) المدونة : م 6 - ج 79/15 .

(4) في ي : يفيد .

(5) في ي : أو العين .

طحنه من القمح جاز ، لأنه يفضل بالطحن؛ وإن رد أقل جاز ، لأنه أمسك أجود⁽¹⁾ الطحن؛ وتعويض الثمر أو القطنية⁽²⁾ قبل الاقتراق يجوز، وأجازه بعد الاقتراق إن كان الأول قائماً ورآه أخف من البيع لما كان له أن يرد الأول ، فكأنه باع حينئذٍ ؛ وعن مالك إجازة اثابة الفضة عن حلي الذهب وبالعكس ، بخلاف البيع ، لأنه باب مكارمة كالقرض يجوز فيه النساء ؛ وعلى هذا يجوز أخذ الثمن عن الحنطة ومنع في الكتاب أن يثاب على الثياب أكثر منها سدا لذريعة السلف بزيادة ؛ ويجوز على قوله في الحلي ، ويجوز سكنى الدار وخدمة العبد إذا كانت الهبة قائمة ، لأنه يصلح أن يكون ثمناً ؛ فإن فاتت ، منعه ابن القاسم لما يدخله فسخ الدين في الدين ؛ وأجازه أشهب ، لأن هذه ليست في الذمة فليست ديناً ؛ ويجوز اثابة الدين قبل فوتها وبعد فوتها إن كان من جنس القيمة ، ويمثلها في القدر فأقل ؛ ويمتنع الأكثر حذراً من فسخ الدين في الدين والسلف بزيادة وفي التقدين الصرف المستأخر .

فروع

في الكتاب : إذا وجد الموهوب بالهبة عيباً ردها وأخذ العوض كالبيع ، أو الواهب بالعوض عيباً فادحاً لا يتعاض بمثله كالجدام والبرص رده وأخذ الهبة إلا أن يعوضه ؛ وإن لم يكن فادحاً نظر إلى قيمته بالعيب ، فإن كان قيمة الهبة فأكثر لم يجب له غيره ؛ لأن المطلوب القيمة أو دون قيمتها أتم له القيمة⁽³⁾ فإن امتنع الواهب رد العوض⁽⁴⁾ قال صاحب النكت إذا عوض فيها بعد فوتها عرضاً فوجده معيباً، لا يقال هو كالبيع يرده بالعيب اليسير لتقرر القيمة في الذمة ، وإلا لما عوض إلا أحد التقدين بل هي كغير الفاتئة .

(1) كلمة (أجود) ساقطة في د .

(2) في ي : والقطنية .

(3) كلمة (القيمة) ساقطة في د .

(4) المدونة : م 6 - ج 84/15-85 .

في الكتاب : فوت الهبة عند الموهوب يوجب عليه قيمتها ، والفوت في العروض والحيوان خروجها عن يده وحدث العيوب والهلاك ، وتغير البدن ، والعنتق ، وولادة الأمة عند الموهوب ، وجناتها ، لأنه نقص ؛ وزوال بياض بعينها ، لأنه نماء ؛ وذهاب الصمم والهدم والبناء والغرس ، وليس قلع البناء والغرس ؛ ويرد لتقرر الفوت ، وفيه ضياع المالية ؛ والبيع الحرام ، لأنه باحالتها عن حالها حيث أحالها رضي بثوابها ؛ وصنع الثوب وقطعه والتدوير والكتابة وهبة العبد والصدقة به إلا أن يكون معسراً ، فيرد كما لو فعل ذلك المدين ، ولو قلد البدنة وأشعرها ولا مال له للواهب أخذها ؛ وكذلك لو اشترى^(٧) منك شراء فاسداً بيعت عليه في الثمن ، ولو باعها ثم اشتراها فذلك فوت وان لم تحل لتقرره بالبيع ؛ وان باع نصف الدار غرم القيمة ، فان أبى خير الواهب بين أخذ نصف الدار وأخذ نصف قيمتها أو قيمة جميعها ؛ وان باع أحد العبدین وهو وجه الصفقة لزمته قيمتها ، وإلا غرم قيمته يوم قبضه ؛ ورد الثاني لعدم الضرر بعدم ذهاب الأجود ، وان أثابه من أحدهما ورد عليه الآخر ، فللواهب أخذها إلا أن يثيبه عنها جميعاً نفيًا لتفريق الصفقة ؛ قال ابن يونس قال مالك : الحرث فوت ، وفي حوالة الأسواق قولان ؛ وقال ابن القاسم إذا أعتق العبد أو قلد البدنة وأشعرها معدماً ، للواهب ردها إلا أن يكون يوم فعل ذلك ملياً أو أيسر بعد ذلك ؛ ولم يجعل مالك البيع الفاسد فوتاً لعدم اعتباره شرعاً ، فهو كالمعدوم حساً ، وجعله غيره ، لأنه يترتب عليه الفوت ؛ وقيل إذا باع نصف الدار لزمه قيمة جميعها يوم البيع . ولو كانت عرضة لا يضيق ما بقي منها ، لكان عليه قيمة المبيع منها يوم الهبة ويرد الباقي ؛ وقول ابن القاسم أحسن ، إلا ان يكون المبيع لا ضرر فيه ؛ وقال أشهب في العبدین له رد الباقي كان أرفع أو أدنى ، لأنه كان له ردهما . قال ابن القاسم لو حال سوقهما حتى صار أحدهما يساوي قيمتها فإثابه إياه لا يلزمه قبوله ، لأنه بعض هبته ؛ ووطء الأمة فوت ، فان فلس فللواهب أخذها قياساً على

البيع ، إلا أن يعطيه الغرماء قيمتها يوم الهبة ؛ قال عبد الملك إذا غاب عليها
لزمته - وطقتها أم لا ، تغيرت أم لا ؛ لأن الغيبة مظنة الوطء . وقال أشهب
ان جنى خطأ ففداه مكانه قبل أن يفوت بشيء فليس بفوت ، وجعله ابن القاسم
فوتاً مطلقاً ؛ قال اللخمي فيما يفيت أربعة أقوال: يفيتها تغير البدن قولاً واحداً
بخلاف حوالة الأسواق قاله في الكتاب ، وفي كتاب ابن حبيب تغير البدن بزيادة
أو نقص ليس فوتاً . وقال أشهب تغير السوق والبدن سواء المقال للواهب في
النقص ويخير الواهب بين أخذها ناقصة والزام قيمة للموهوب أو بزيادة ، والمقال
للموهوب ويخير بين الإثابة والرد كانت الزيادة من فعله أم لا ، لأنها حقه ؛ وان
اجتمع زيادة ونقص ، لم يرد إلا باجتماعهما لتعارض السببين ؛ وقال ابن القاسم
الدور والأرضون فوتها في الهبة كفوت البيع الفاسد بالهدم والبناء والخروج عن
اليد ، وعلى قول أشهب يفيتها ما يفيت العبد والثوب ؛ وفي كتاب محمد يرد
مثل الطعام كيلاً أو وزناً ، قال وهذا يحسن إذا كان فوته بغير سببه ؛ أما ان
أكله أو باعه ؛ فهو رضي بالثواب فيلزمه ويمنع رد المثل ؛ وخالف أشهب ابن
القاسم في صبح الثوب ان زاد فالمقال للموهوب ويرد إن شاء ، أو نقص فالمقال
للموهوب له أخذه بنقصه إلا أن يشييه رضاه ؛ وإذا ولدت الأمة من غير
الموهوب⁽¹⁾ فأت ، لأن الولادة نقص والولد زيادة قاله محمد ؛ والقياس إن كان
في الولد ما يجبر الولادة، أن له الرد ولو كره الواهب لعدم الضرر؛ وقياساً على
البيع يطلع على العيب فيه بعد الولادة وحلب الشاة ليس رضي بالضمآن ، قال
سحنون ان جز صوفها لزمته ، لأنه نقص ويرد عند ابن القاسم ويشيب عن
الصوف كسلعتين فأت ادانها ؛ وخالف أشهب في كون الغرس والبناء فوتاً ويرد
الأصول دون الثمرة، إن جدها وبشرها إن⁽²⁾ لم تطب؛ فان طابت أو ييست ولم

(1) في ي : الواهب .

(2) في ي : وان .

تجدد بخلاف؛ وإن كاتبه وهو معسر وقيمته مكاتباً وغير مكاتب سواء مضت الكتابة وبيع في الثواب على أنه مكاتب ، وإن^(١) كانت الكتابة أقل ردت الكتابة إن قلنا إنها من باب العتق ، ولا ترد إن قلنا هي من ناحية البيع إذ^(٢) لم يحل به فيها ، وقال محمد إن أراد التخفيف للعتق ردت ، وإن أراد التجارة وطلب الفضل فهو بيع يرد ، والواهب أحق به من الغرماء إن فلس وهو على كتابته ؛ فإن مات ورثه ، وإن عجز فهو له رقيق ، أو أدى فهو حر وولاؤه لعاقده كتابته ؛ وهو يصح على أن الفلس نقض بيع ، فإنه لم يجعل له ما بقي من الكتابة والماضي للموهوب له كالعلة ؛ وخالف أصبغ في الثوبين يريد الاثابة عن أحدهما فجوزه كهيتين، والمشهور أحسن؛ ولو كانا في بيع خيار، منع قبول أحدهما؛ ولو حالت في نفسها أو حال سوقها ثم عاد ذلك ، كان له الرد بخلاف من باعها ثم اشتراها؛ لأن البيع من فعله فيعد رضى بالاثابة، ولو باع في البيع الفاسد ثم اشترى ردت ؛ ولو حال سوقه ثم عاد لم يرد وعكس الهبة ؛ والفرق أنها حق لآدمي فينظر هل ما يعذر رضى أم لا ؛ والبيع الفاسد حق لله تعالى لا يعتبر رضاه فيه ، وإنما يعتبر ضرر أحدهما ؛ فإذا عادت بالشراء لا ضرر ، وإذا حال السوق تغيرت الهبة^(٤) .

فروع

قال اللخمي : اختلف في الوقت الذي يضمن فيه الهبة : فقال مالك يوم وهبت ، لأن العقد ناقل للمالك والضمان ؛ وعنه يوم القبض ، لأنه كان في قبضها بالخيار كييع الخيار ؛ ولهذا الخلاف على القول إن اللواهب حبسها حتى يثاب ،

(١) في ي : فإن .

(٢) في د : إذا .

(٣) في ي : القيمة .

(٤) جملة (كييع الخيار) ساقطة في د .

لأنها محبوسة بالغر ، فإن دخل هذان⁽¹⁾ على حبسها فهي على القولين في المحبوسة بالثمن ، وإن دخلا على التسليم ، فالقيمة يوم الهبة ، لا تتقارن بنفس العقد ؛ وهي حينئذٍ ودیعة وإلحاقها ببيع الخيار غير متجه ، لأن بيع الخيار لا ينقل المذهب حتى يمضي بخلاف الهبة ؛ وكذلك المصيبة في الخيار من البائع ، وفي الهبة من الموهوب قبل القبض وبعده .

فرع

قال : ورثة كل واحد من الواهب والموهوب يقومون مقامه فيما كان له .

فرع

قال : إن فلس وهي قائمة فللغرماء تسليمها وأخذ الثواب ، وإن فاتت خيروا بين تمكين الموهوب من الثواب ، أو يمنوه ونخير الواهب بين أخذها وتسليمها ويضرب مع الغرماء بالقيمة ؛ وإن مات وهي قائمة ، فللغرماء تسليمها أو يثيبون عنها وتباع لهم ؛ فإن فاتت ضرب مع الغرماء بقيمتها ولم يكن له أخذها .

فرع

قال : عيبها واستحقاقها كالبيع ، فترد بعيوب البيع ، وإذا ردت أو استحققت رجع في الثواب⁽²⁾ ؛ فإن فات ، ففي قيمته يوم قبضه أو مثله إن كان مثلياً وهو أصل مالك وابن القاسم وأشهب إلا في وجه واحد وهو أن يثيب عوضاً بعد فواتها ، فعند أشهب عدم الرجوع وإن كان قائماً ، لأن الثواب عنده إنما يجب من العين ؛ وإنما أخذ العوض من القيمة دون الهبة ، فإذا⁽³⁾ ردها رجع بقيمتها ؛ لأنها ثمن العوض⁽⁴⁾ . قال العبدی في نظائره المستحق للهبة ثلاثة

(1) في ي : هذا .

(2) في ي : الفوات .

(3) في د : وإذا .

(4) في د : العرض .

أقسام، لأن الواهب ان كان مشترياً، رجع على الموهوب؛ وان كان غاصباً، رجع على الواهب اولا عند ابن القاسم، وعلى الموهوب⁽¹⁾ ان عدم الواهب ؛ هذا إذا لم يعلم الموهوب بالغصب ، فان علم رجع على أيها شاء ؛ واختلف في الوارث فقيل كالشترى وقيل كالغاصب .

فروع

في الكتاب : إذا وهب لغير ثواب ولم يقبض فادعيت أنك اشترتها منه صدقت لقوة المعاوضة ، كمن حبس على ولده الصغير ومات عليه دين لا يثبت الحبس ، إلا أن يثبت تقدمه على الدين⁽²⁾. قال ابن يونس قال سحنون البينة على أهل الدين والأولاد أولى بالحبس سواء كانوا صغاراً أو كبار إذا حازوا أو حاز الأب للصغير وقاله ابن القاسم في الكبار إذا حازوا؛ وأما⁽³⁾ الصغار فالبينة عليهم ان الحوز قبل الدين ، لأن شرط الحبس لم يتعين بخلاف الكبار أيديهم ظاهرة في استحقاقهم لما حازوه ؛ وقال ابن حبيب ان كان الدين مؤرخاً، فمالك وأصحابه يقولون الدين أولى لقوته بالتاريخ، وسوى المغيرة بين المؤرخ وغيره حتى يعلم ان التاريخ متقدم على العطية .

فروع

قال ابن يونس : إذا تصدق على ولده الصغير وأشهد ثم مات ، فادعى الورثة عدم الحوز فعليهم البينة ؛ لأن ظاهر حال الأب يقتضي تحصيل مصلحة ولده بالحوز ، ذلك إذا كان⁽⁴⁾ أدخل الدار من سكنها⁽⁵⁾ ؛ قال فان جهل أنه كان

(1) في ي : الواهب .

(2) المدونة : م 6 - ج 89/15 - 90 .

(3) في ي : فأما .

(4) كلمة (كان) ساقطة في د .

(5) في ي : سكنه .

يسكنها⁽¹⁾، حملت على عدم السكنى حتى يثبت ، لأن الأصل عدم سكناه . فان عرفت قبل الصدقة سكناه ، فعلى الصغار البينة أنه أخلاها ، لأن الأصل عدم الخروج منها؛ لو تصدق على كبير فعليه البينة بالحوز في الصحة ، لأن الأصل عدمه ؛ وإذا وجدت العطية بيد المعطى وقال حزتها قبل الموت ، وقال الورثة بعد الموت صدق المعطى ؛ وكذلك الرهن يوجد بيد المرتهن بعد الموت والفلس ، لأن الظاهر أن وضع اليد من المسلم بوضع شرعي ؛ كما إذا تنازعا في صحة البيع وفساده ، صدق مدعي الصحة ؛ وقال عبد الملك عليه البينة بالحوز في الحياة ، لأن الأصل استصحاب ملك مورثهم⁽²⁾ وكذلك في الفلس .

فروع

قال : إذا أنكر الموهوب الاثابة ، صدق الواهب مع يمينه كالتفن في البيع، وكذلك لو قام بعد أربعة أشهر .

فروع

قال: جَوَزَ مالك الصدقة بماله كله، لأن الصديق - رضي الله عنه - فعله؛ وقال سحنون ان لم يبق كفايته صدقته، لقوله عليه السلام لا صدقة إلا عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول⁽³⁾ .

فروع

كره مالك والأئمة هبة ماله كله لأجل بنيه ، ولم يقل في الرد شيئاً ، لقوله عليه السلام في حديث قال النعمان بن بشير ان أمه سألت أباه بعض الموهبة من ماله لابنها ، فالتوى عليها بها سنة ثم بدا له ؛ فقالت لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما وهبت لابني ، فأخذ أبي بيدي وأنا يومئذ غلام

(1) في د : سكنها .

(2) في ي : مورثهم .

(3) أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود من حديث أبي هريرة .

فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان ام هذا أعجبها أن أشهدك على الذي وهبت لابنها ، فقال عليه السلام «يا بشير ألك ولد سوى هذا؟» قال نعم ، قال «كلهم وهبت له مثل هذا؟» قال لا ، قال «لا أشهد إذا فاني لا أشهد على جور»⁽¹⁾ . وفي الموطأ فارتجعه⁽²⁾ وروي أشهد على هذا غيري ثم قال من طريق آخر: أيسرك ان يكونوا في البرلك سواء؟ قال بلى قال فلا إذا. وفي طريق اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم فرجع فرد تلك الصدقة⁽³⁾ . وفي طريق أنه عليه السلام أمره بردها . قال ابن القاسم تكره ولا ترد ، لقوله عليه السلام أشهد غيري وهو عليه السلام لا يأمر بالإشهاد على الباطل ، إلا أن يتبين أنه فرار من فرائض الله تعالى؛ وقال أصبغ إن حيز عنه نفذ وان قصد الفرار، لأنه ملكه يتصرف فيه بما لم يحجر عليه ؛ قال أبو محمد معنى الحديث أنه نحل ماله كله ، أما البعض فجائز كفعل الصديق ذلك لعائشة رضي الله عنها ، وقاله عمر وعثمان رضي الله عنهم، قال صاحب الاستذكار كره مالك والأئمة تفضيل بعض الولد.

فروع

قال قال ابن القاسم : إذا تصدق على امرأته فأثابته بوضع صداقها ، لا ثواب في الصدقة ، غير أن الصداق يسقط والصدقة لها ان حيزت .

نظائر : قال العبدى : يرجع الإنسان في ماله حالة قيامه دون ثوابه إذا غلط في أربع مسائل : من أثاب من صدقة ظناً منه أنه يلزمه ، والأخذ من طعام الحرب ثم يرده ، والمشتري لرجل جارية فيقول قامت على بدون ما قد قامت عليه به ثم يظهر له الغلط ، والبائع ثوباً بال عشرة فيعطى اعلى منه في القيمة

(1) أخرجه أبو داود من حديث النعمان بن بشير ، انظر نيل الأوطار ج 7/6 .

(2) انظر الموطأ ص : 533 - حديث (1433) .

(3) أخرجه بهذا اللفظ مسلم ، انظر نيل الأوطار 8/6 .

غلطاً؛ واختلف في بائع الجارية مرايحة للعشرة أحد عشر، وقال قامت عليّ بكذا ثم يظهر أنه أكثر، فقيل يرجع في الحالين ههنا .

فروع

قال سئل محمد : الصدقة أفضل أم العتق ؟ فقال ذلك على قدر سد⁽¹⁾ حاجة المعطى، وقال⁽²⁾ قال مالك الحج أفضل من الغزو ، لأنه فرض عين فيفضل فرض الكفاية ، إلا أن يكون خوف ؛ والحج أفضل من الصدقة إلا أن تكون سنة جماعة ، والصدقة أفضل من العتق ، قيل له فالصدقة بالدرهم⁽³⁾ أو اطعام الطعام ؟ قال كل حسن ، وقد تقدم أول هذا الباب من هذا المعنى وتقريره .

فروع

قال : لا بأس بقبضك العطية من الخليفة ، وأكرهه من الناس بعضهم لبعض ؛ لأنه⁽⁴⁾ مهانة وما جعل في السبيل من العلف والطعام لا يأخذ منه إلا أهل الحاجة ، وما جعل في المسجد من الماء فليشرب منه كل أحد ، لأن المقصد⁽⁵⁾ به عموم الناس ولا مهانة فيه ؛ وأكره للمحتاج الخروج للحج أو الغزو ويسأل الناس، لقوله تعالى ﴿وَتَزَوَّدُوا فَإِنْ خَيْرَ الزَّادِ التَّقْوَى﴾⁽⁶⁾ نزلت في هؤلاء : أي خير الزاد ما وقاكم السؤال والسرقة ، وليس المراد التقوى المعهودة .

فروع

قال قال مالك : لا بأس بشراء كسر السؤال ، لقوله عليه السلام في حديث

(1) في ي : شدة .

(2) في د : قال .

(3) في ي : الدرهم .

(4) في ي : لأنها .

(5) في ي : المقصود .

(6) الآية : 197 من سورة البقرة .

بريره هو لها صدقة ولنا هدية .

فرع

قال مالك : إذا وهب شقصا من داره⁽¹⁾ على عوض سمياه⁽²⁾ أم لا ، لا يؤخذ بالشفعة حتى يثاب ، لعدم تحقق المعاوضة قبل ذلك⁽³⁾ . قال صاحب التنبیہات له في كتاب الشفعة إذا سميا الثواب ، فله الأخذ بالشفعة لكالم صورة⁽⁵⁾ البيع . قال سحنون هو خلاف ، لكونها لا تلزم بالقبول كالبيع ؛ وقيل وفاق ، قال وهو أظهر ؛ ومعنى مسألة الشفعة أنه عين الثواب الذي يبذله فقبله الموهوب ، لأنه بيع لم يبق فيه خيار ، وههنا لم يعين الثواب ؛ ومعنى سمياه أي ذكرنا لفظ العوض ولم يعيناه⁽⁴⁾ ولا نوعه قاله أبو عمران ، وقيل مسألة الشفعة رضي الموهوب بدفع الثواب وههنا لم يلزمه ، قال عبد الحق : يريد لا يأخذ الشفيع وإن فاتت حتى يقتضى بالقيمة ، قال التونسي لا يأخذ بالشفعة إلا بعد أن يشب الموهوب ، فإن أتابه قبل فوتها أكثر من قيمتها لم يأخذ إلا بذلك عند ابن القاسم وأشهب ؛ فإن أتابه بعد فوات الهبة أكثر من قيمتها ، قال ابن القاسم لا يأخذ إلا بذلك ؛ لأن الناس لا يهبون إلا ليأخذوا أكثر ، وقال أشهب يأخذ بقيمة الهبة ، لأنها الواجب عند الفوت والزائد حينئذ هبة لا تلزم الشفيع ؛ قال ويلزم أشهب هذا قبل الفوت لقدرته على الاقتصار ، إنما يصح قوله على القول بأن له التمسك بهبته بعد دفع القيمة حتى يرضى منها .

فرع

في الكتاب : إذا أخذ السيد الهبة من العبد فهي عليه بقيمتها⁽⁵⁾ في ماله ،

(1) في د : دار .

(2) في د : سماه .

(3) المدونة : م 6 - ج 95/15 .

(4) في د : بعينه .

(5) في د : بقيمتها .

لأن السيد أقرها كالبيع والقيمة كالمثل⁽¹⁾ ؛ قال ابن يونس ان لم يقبلها السيد وهي بحالها لم توطأ ان كانت أمة ولا نقصت ، خير السيد بين ردها ودفع قيمتها يوم الهبة من مال نفسه ؛ وان وطئها السيد أو نقصت ، لزم العبد قيمتها في ماله .

فروع

في الكتاب : للأب ان يهب من مال ابنه الصغير للثواب ويعوض عنه ما وهب للثواب ، لأنه تنمية ماله⁽²⁾ ؛ قلل ابن يونس فان وهب من ماله أو تصدق لغير ثواب أو في بيع رد ذلك كله ، لأن ماله معصوم بخلاف عتقه عبده ان كان ملياً مضى العتق ، وغرم القيمة له ؛ أو وعد يمارد لتشوف الشرع لمصلحة العتق.

فروع

في النكت : إذا أعتق العبد ولا مال له رد للواهب وان كان لو بيع في ثمنه فضل عن القيمة ، لأن عسره يصير الهبة قائمة لم تفت .

فروع

قال عبد الملك : إذا وهب لعبده⁽³⁾ فأعتقه ، فاتبعته الهبة كإاله ؛ ثم استحق بحرية أو ملك لم ترجع العطية ؛ ولو أعتقه قبل العطية ثم اعطاه ثم استحق بحرية أو ملك أخذ العطية ، لأنه ظنه مولى له فأعطاه لذلك ؛ وقال مطرف ليس له أخذ ذلك ، لأنه ملك تقرر .

فروع

في التنبيهات : إن استهلك سنين تسمة على ان عليه حرمتها فهو كراء

(1) المدونة : م 6 - ج 84/15 .

(2) المصدر السابق .

(3) في د : للعبد .

مجهول ، أو أعطاه رقبته على أن ينفق عليه ، فهو بيع فاسد والغلة للمعطي بالضمان ، وترد لربها ويتبعه بما أنفق عليه .

فرع

قال الأبهري : إذا تصدق على ولده بعد فاعته وعوضه غيره مثله أو أدنى ، جاز ان كان في ولايته لشبهة الولاية وشبهته في ماله ؛ فان كان كبيراً امتنع ، ويمتنع ذلك من الوصي لعدم الشبهة في المال ؛ وان تصدق بغنم عليه ثم تصدق بها على غيره صح ، لأنه اعتصار .

فرع

قال : لا يلزمك ما نخلت امرأتك عند الخلوة ، لأن العادة ان ذلك يقال لتوطئة النفوس لا لتحقيق العطاء .

فرع

قال : إذا أعطيت ابنتك لرجل يكفلها لا تأخذها عند البلوغ ، لأن ذلك ليس من مكارم الأخلاق ، إلا أن ترى اساءة تضربها ، ونكاحها للذي وهبت له ان كنت جعلت ذلك بيده ودعا الى سداد ؛ وان دفعها الى غير ذي محرم امتنع ، لامتناع خلوته بها ؛ وإذا مت ، فهو يزوجها لكن برضاها .

فرع

قال : إذا تصدقت على ابنا تجارية على أن لا يبيع ولا تخرج عنه ليكون لها تسلمها ، أبطله ابن القاسم ، للحجر المنافي لمقتضى العقد ؛ وأجازه أشهب مع الشرط توفية بالشرط .

فرع

قال صاحب الاستذكار : صدقة الحي عن الميت جائزة نافذة اجماعاً ، وفي الموطأ قال يا رسول الله ان أمتي افتلئت نفسها وأراها لو تكلمت تصدقت ،

أفأتصدق عنها ؟ فقال عليه السلام نعم .

فائدة : افتللت نفسها اختلست ماتت فجأة من مجاز التشبيه ، كأن الذي يطول مرضه وطأ نفسه على الموت ، فكأنه دفع نفسه باختياره .

فروع

قال قال مالك و (ش) و (ح) : إذا رجعت الصدقة بالميراث فحسن، لما في الموطأ أن رجلاً تصدق على ابويه بصدقة فهلكا فورثهما⁽¹⁾ ، فقال له عليه السلام أو جرت في صدقتك وخذاها بميراثك .

نظائر : قال أبو عمران خمس مسائل تترتب على الميراث لا ترجع الهبة إلا بالميراث، ومن حلف بعق عبده ليفعلن كذا فباعه فان اليمين ترجع عليه إذا ملكه إلا بالميراث، ويختلف إذا باعه السلطان لنفسه ، ويكمل عتق القريب إذا ملك بعضه إلا في الميراث، ولا يشفع فيما باع إلا في الميراث بأن يموت الشفيع فيرثه البائع فيأخذ من المشتري بالشفعة ، لأنه رضي بالبيع له ولم يرض بشركته ولا ينقض البائع بيعه إلا في الميراث فله حل فعل نفسه .

فروع

قال الأبهري قال مالك : إذا تصدقت بقلوصة في سبيل الله ثم وقعت الهدنة فتصدق بها على أيتام جاز ، لأن الجميع سبيل الله، وبئس ما صنع لوضعها في غير ما جعلت له .

فروع

قال قال مالك : إذا تصدق بعبد اشتراه فظهر حراً فله الثمن ، لأنه لم يتصدق بالثمن بل بالعبد وقد بطل الملك فيه .

فروع

قال قال مالك : إذا تصدق على ولده فاعتقد الذكور أن صيغة الولد لا

(1) في د : فورثهما .

تتناول الإناث ، فاغتلوا ازمانا ، ثم تبين اندراجهن أخذن حقهن في المستقبل ،
لتناول الاسم لمن دون الماضي ؛ لأن اخوتهن اخذوه بالتأويل ؛ وقال ابن القاسم
وأشهب يرجعن بالماضي ، لثبوت الاستحقاق فيه .

فروع

قال قال مالك : إذا تصدقت على غائب وبعثت بها إليه وأشهدت على
ذلك ، ثم مات قبل الوصول نفذت لوجوبها بالإشهاد .

فروع

قال صاحب المنتقى: الهبة والصدقة والحبس متى كانت على وجه اليمين لمعين
أم لا لا يقضى بها اتفاقاً ، لأنه لم يقصد بها البر بل اللجاج ودفع المحلوف عليه ،
وعلى غير اليمين يقضى بها قاله ابن القاسم ، وقال أشهب إلا أن يكون على معين
فإن الحق له حتى يطلبه⁽¹⁾ .

فروع

قال : إذا ادّعى هبة في غير الذمة ، فظاهر المذهب عدم تحليف المدعى
عليه بمجرد الدعوى لضعف السبب⁽²⁾؛ وفي الجلاب عليه اليمين ، فإن أبى ،
حلف الآخر وأخذها ؛ وإن كانت في ذمة الموهوب كالدين يدعى الإبراء منه
فيحلف أنه ما وهبه له ، قال وعندني تفصيل ان كانت في يد الواهب فلا
يحلف ، أو بيد الموهوب لا ينتزعا الواهب إلا بعد حلفه ؛ قال شارح الجلاب
المسئلة تتخرج على الخلاف في اليمين بدون خلطة ، فإن قلنا يجب حلف ، وإلا
فلا ؛ ويحتمل قول شارح الجلاب حلف وبرىء إذا ثبتت بينها خلطة ، أو برىء
ان الخلطة إنما تشترط فيما يتعلق بالذمة دون المعينات .

(1) أنظر المنتقى 108/6 .

(2) المصدر السابق 109/6 .

كِتَابُ الْعِدَّةِ

قال ابن يونس إذا سألك أَنْ تَهَبَ له دينارا فقلت نعم، ثم بدا لك، قال مالك لا يلزمك. ولو كان افتراق الغرماء على وعد وإشهاد، لزمك لإبطالك مغرما بالتأخير. قال سحنون الذي يلزم من العدة، اهدم دارك وأنا أسلفك، أو اخرج إلى الحج، أو اشتر سلعة كذا، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، لأنك أدخلته بوعدك في ذلك؛ أما مجردا لوعده فلا يلزم، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق؛ وقال أصبغ إذا قال لك أريد أتزوج فأسلفني فقلت نعم، يقضى عليك تزوج أم لا؛ وكذلك أعربي دابتك إلى موضع كذا لحاجة سماها، أو أسلفني كذا لاشترى سلعة، فقلت نعم، لزمك تسبب¹ في ذلك أم لا؛ وكذلك لو سألك في دين تعطيه² لغرمائه فقلت نعم، قضى بذلك عمر بن العزيز؛ والذي لا يلزم، أن يقول أسلفني كذا وأعربي كذا من غير ذكر سبب، فإذا قلت نعم، لا يلزمك؛ وإذا وعدت غريمك بتأخير الدين لزمك سواء قلت أوخرك أو أخرتك؛ وإذا أسلفته، أخرته مدة تصلح لذلك؛ وليس لك أن تأخذه منه في المجلس؛ قال ما لك إذا قلت للمشتري بع ولا نقصان عليك لزمك، ويصدق فيما يشبه مع يمينه إن كان ذلك بعدا لبيع؛ فإن اشترطه في أصل العقد، قال مالك ليس يبع؛ فإن باع فله أجرته، لأنها إجارة؛ فإن أدرك قبل الفوت، فسخ³ فإن فات المبيع، فمصيبيته من البائع؛ وإن أعتقه المشتري نفذ⁴ عتقه بالقيمة، أو أحبلها فهي أم

(1) في د : نشب.

(2) في ي : تقضيه.

(3) في ي : وإن.

(4) في ي : بعد.

ولد ومضى البيع بالقيمة؛ لأنها موضع خلاف، فهو شبهة؛ وقد قال عبد العزيز بن أبي سلمة وغيره موت العبد مصيبته من المبتاع، قال ابن القاسم إذا وطئها حبلت¹ أم لا، أو أعتقها أو وهب أو تصدق، فهي عليه بالثمن؛ لأن ذلك منه رضى بالثمن وهو القياس؛ لاني إن جعلته أجيراً امتنع بيعه وهبته، ولا تكون أم ولد ويحد²، وإن كان الشرط بعد عقد البيع فأبقى العبد أو مات، قال ابن القاسم يوضع عن المشتري، وقيل لا، أما ذهاب الثوب، فلا يصدق فيه إلا بينة، ويحرم وطء المشتري إذا رضى بهذا الشرط؛ قال ابن القاسم إذا قال بعد العقد وقبل النقد بع ولا نقصان عليك وانقد امتنع، لأنه قيمة عيوب وخصومات لا تقابل بالاعواض؛ ويجوز بعد النقد، فإن وجد الطعام مسوساً فسخطه، فقلت بع ولا نقصان عليك فحمله في سفينته فغرقت فهو من البائع، وللمشتري أجرته؛ وقال أشهب إذا كان كرمًا فخفت³ الوضيعة فقلت بع وأنا أرضيك إن باع برأس المال فأكثر فلا شيء له، أو بنقصان فعليك أن ترضيه؛ فإن زعم أنه أراد شيئاً سماه، فهو ما أراد؛ وإن لم يكن شيئاً، أرضاه بما شاء وحلف ما أراد أكثر منه يوم قال ذلك؛ وقال ابن وهب يرضيه بما بينه وبين السلعة والوضيعة فيما يشبه الوضيعة في ثمن تلك السلعة؛ قال صاحب البيان إذا قال أعزني دابتك إلى موضع كذا وسمى الحاجة، يحكم عليه بالوفاء؛ وكذلك وخرتك بالدين وأؤخرك به، وكذلك قوله لك أن تسلفني كذا لأنزوج فلانة سمي اجلاً للسلف أم لا. قال ابن يونس قال ابن القاسم متى أدخلته بوعدك في لازم لزمك الوفاء، نحو زوج ابنتك من فلان والصداق علي، أو احلف أنك ما شتمتي⁴ ولك كذا فحلف.

(1) في ي : حملت.

(2) في ي : وان.

(3) في ي : وخاف.

(4) في ي : شتمتني.

تمهيد: قال الله تعالى ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾¹
أوالوعد إذا أخلف قول لم يفعل، وقال عليه السلام «علامات المنافق إذا أوتمن
خان وإذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف»². فذكره في سياق الذم دليل
التحريم، ويروى قال عليه السلام «وأي المؤمن واجب»³. وهذه الأدلة تقتضي
وجوب الوفاء مطلقاً، وفي الموطأ قال رجل له عليه السلام: أكذب لامرأتي؟
فقال عليه السلام «لا خير في الكذب»، فقال يا رسول الله فأعدها وأقول لها؟
فقال عليه السلام لا جناح عليك. فمنه الكذب المتعلق بالمستقبل، فإن رضى
النساء إنما يحصل به؛ ونفي الجناح عن الوعد وهو يدل على أمرين، أحدهما أن
إخلاف الوعد لا يسمى كذباً بجعله قسيم الكذب؛ وثانيهما أن إخلاف الوعد
لا حرج فيه؛ ولو كان المقصود⁴ الوعد⁵ الذي يفى به، لما احتاج للسؤال عنه،
ولما ذكره مقروناً بالكذب؛ ولأن قصده إصلاح حال امرأته بما لا يفعل،
فتخيل الحرج في ذلك، فاستأذن عليه⁶ وفي أبي داود قال عليه السلام إذا وعد
أحدكم أخاه ومن نيته أن يفى فلم يف، فلا شيء عليه، فهذه الأدلة تقتضي عدم
وجوب الوفاء بالوعد⁷ مطلقاً؛ عكس الأدلة الأولى؛ ووجه الجمع أن يحمل
اللزوم على ما إذا أدخله في سبب ملزم بوعده كما قال سحنون وابن القاسم، أو
وعده مقروناً بذكر سبب كما قاله أصبغ، لتأكد العزم على الدفع حينئذ؛ ويحمل
عدم اللزوم على خلاف ذلك، مع أنه قد قيل في الآية إنها نزلت في قوم كانوا
يقولون جاهدنا وما جاهدوا، وفعلنا أنواعاً من الخيرات وما فعلوها؛ ولا شك

(1) الآية: 3 - من سورة الصف

(2) أخرجه الطبراني من حديث أبي بكر بلفظ: آيات المنافق انظر الفتح الكبير 13/2.

(3) أخرجه أبو داود في مراسيله من حديث زيد بن أسلم، ذكره السيوطي في الجامع الصغير،
انظر فيض القدير 360/6 .

(4) في ي : القصد.

(5) كلمة (الوعد) ساقطة في ي .

(6) كلمة (عليه) ساقطة في ي .

(7) في ي : بالمهد.

أن هذا محرم، لأنه كذب وتسميع بالطاعة، وكلاهما معصية إجماعاً؛ وأما ذكر الإخلاف في صفة المنافق، فمعناه أنها سجية ومقتضى حاله الإخلاف؛ ومثل هذه السجية يحسن الذم بها فما تقول سجيته تقتضي المنع والبخل، فمن كانت صفته تحت¹ على الخير مدح بها، أو تحته على الذم ذم بها شرعاً وعرفاً².

(1) كلمة (على) ساقطة في د .

(2) في د : (تم كتاب العدة يتلوه كتاب الوقف والحمد لله رب العالمين).

كتاب الوقف¹

وفيه مقدمة وثلاثة ابواب². المقدمة في لفظه، وفي الصحاح وقفت الدار للمساكين وقفاً وأوقفها بالألف لغة رديئة، قال الله تعالى: ﴿وَقِفُّهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ﴾³ بغير ألف. وليس في الكلام وقفت إلا كلمة واحدة: أوقفت عن الامراي، أقلعت عنه؛ وعن الكسائي وأبي عمرو ما أوقفك ههنا؟ أي أي شيء صيرك واقفاً. وتقول العرب وقفت الدابة تقف وقوفاً، ووقفها أنا وقفاً. متعدد وقاصر ووقفته على دينه أي اطلعته عليه؛ والوقف سواء من عاج؛ وقال ابن بري يقال: أوقفت الرجل على كذا إذا لم تحبسه بيدك ووقفته على الكلمة توقيفاً ووقفته بيته له والحبس بسكون الباء وضم الحاء من الحبس بفتح الحاء وسكون الباء وهو المنع، والحبس⁴ ممنوع من البيع.

الباب الأول: في أركانه

وهي أربعة:

الركن الأول: الواقف وشرطه أهلية التصرف في المال.

-
- (1) في د زيادة: (بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله).
 - (2) في ي : ومنه مقدمة وفيه ثلاثة.
 - (3) الآية : 24 من سورة الصافات.
 - (4) في ي : والحبس.

الركن الثاني: الموقوف¹ عليه، وفي الجواهر تصح على الجنين ومن سيولد²، وقال ش وأحد لا يصح إلا على معين يقبل الملك، لأن الوقف تمليك فلا يصح على أحد هاذين الرجلين لعدم التعيين، ولا على الحمل ومن سيولد لعدم قبولهما للملك، ولا على المسجد الذي تبنيه لعدم التعيين، بخلاف على ولده وولد ولده؛ فإن ولد الولد وإن لم يولد، فهو تابع لمعين يقبل الملك وهو ولد الصلب؛ ووافقنا في الوصية فنقيس عليها. ولأنه معروف في هذه الجهات؛ ويشعر لقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾³ ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾⁴؛ ثم إنا نمنع قاعدتهما: أن الوقف تمليك على ما سيأتي؛ قال ويصح على النمي. وقاله الأئمة لأمر بيده؛ والأظهر منعه على الكنيسة وقاله ش وأحد، لأنه عون على المعصية كصرفه لشراء الخمر وأهل الفسوق؛ ولا يقاس على الوقف على المسجد، بسبب أن نفعه عائد على المسلمين، وكذلك على الكنيسة؛ لأن نفعها يعود على الذمة، والوقف عليهم جائز لأن الفرق: أنها وضعت للكفر. ونفع الذمة عارض تابع، والمسجد وضع للطاعة فافترقا؛ ولا يصحح الشرع من التصدقات إلا المشتمل على المصالح الخالصة والراجحة؛ ويكره إخراج البنات منه، قال اللخمي ثلاثة أقوال: الكراهة، وعن مالك إن إخراجهن إن تزوجن بطل الحبس؛ وقال ابن القاسم إن كان الحبس حياً فسخه وأدخل فيه البنات، وإن حيز أو مات فات⁵ وكان على ما حبسه عليه؛ وقال أيضاً إن كان حياً فسخه بعد الجور، لقوله عليه السلام في هبة النعمان بن بشير لا أشهد على جور، ولأن إخراج البنات خلاف الشرع واتباع الجاهلية. قال ابن شعبان: من أخرج البنات بطل حبسه، وتخرج الصدقة على هذا الخلاف؛

(1) في ي : الموهوب.

(2) في د : سيتولد.

(3) الآية: 77 - من سورة الحج.

(4) الآية: 9 - من سورة التحل.

(5) كلمة (فات) ساقطة في د .

قال ابن يونس عن مالك إذا حبس على ولده وأخرج البنات إن تزوجن بطل، قال ابن القاسم إذا مات نفذ على ما حبس، وإن كان حياً ولم يخرج عنه رد وأدخل فيه البنات، فإن حيز أو مات نفذ، لأنه ما له ينقله لمن شاء.

فرع :

يمنتع على الوارث في مرض الموت، لأنه وصية لوارث؛ فإن شرك بينه وبين معينين ليسوا وارثين بطل نصيب الوارث خاصة، لقيام المانع في حقه خاصة؛ فإن شرك معه غير معين أو معين مع التعقيب أو المرجع، فنصيب غير الوارث حبس عليه؛ فإن كانوا جماعة فهو بينهم، وما خص الوارث فين الورثة جميع¹ الورثة على الفرائض، إلا أنه موقوف بأيديهم - ما دام المحبس عليهم من الورثة أحياء؛ وقال (ش) يصح الوقف، فإذا وقف داره على ابنه وامراته وله ابنان آخرون، فهي بينهما نصفان إن أجاز الابنان الآخرون، وإلا فما زاد على نصيبه بطل، وكذلك المرأة؛ لنا أنها وصية لوارث أو تحجير على الوارث²؛ وكلاهما منهي، لقوله عليه السلام لا وصية لوارث³ ولقوله لا ضرر ولا إضرار⁴ في الإسلام.

فرع :

في الكتاب حبس داره على رجل وعلى ولده وولد ولده، واشترط على الذي حبس عليه إصلاح ما رث منها من ماله امتنع، لأنه كراء مجهول؛ وامضى ذلك ولا مزمة عليهم، بل ترم من غلتها، لأنه سنة الحبس ويطل الشرط وحده لاختصاصه بالفساد⁵ لقوتهما في سبيل الله، بخلاف البيوع؛

(1) كلمة (جميع) ساقطة في د .

(2) في ي زيادة (بطل).

(3) أخرجه الدارقطني من حديث جابر، ذكره في الجامع الصغير، انظر فيض القدير 440/6.

(4) أخرجه أحمد وابن ماجه من حديث ابن عباس - المصدر السابق 431/6.

(5) في ي : الفساد.

وكذلك إذا حبس عليه الفرس وشرط عليه حبسه سنة وعلقه فيها، لأنه قد يهلك قبلها فيذهب علقه باطلاً قاله ما لك؛ وقال ابن القاسم إن لم يمض الأجل خيرت بين ترك الشرط أو تأخذ الفرس وتعطى له نفقته؛ وإن مضى الأجل لم يرد وكان للذي قيل له بعد السنة بغير قيمة¹. قال ابن يونس عن مالك لا يطل شرطه في الفرس كمن أعاره لرجل يركبه سنة ثم هو لفلان، فترك المعار عاريته لصاحب البتل، قال الشيخ أبو الحسن يتعجل قبضه؛ وإذا عثر عليه قبل السنة خير المشتري، فإن اسقط الشرط وانفذ الحبس فليدفع ما اتفق على الفرس ثم بعد ذلك يتم الحبس؛ قال اللخمي عن مالك إذا نزلت مسألة الفرس جازت وغير هذا الشرط افضل.

فرع :

قال اللخمي حبس على بناته حياتهن في صحته وشرط من تزوجت لاحق لها، لا يعود حقها بعد تأيمها بعد التزويج، لانقطاع عقبه، وكذلك لو أوصى أن ينفق على أمهات أولاده ما لم يتزوجن، ولو حبس وله بنات متزوجات لم يدخلن في الحبس؛ وقال والمردودة تدخل في حبسي، فإنها تدخل متى رجعت من ذي قبل؛ وإن قال من تأيمت من بناتي فلها مسكن يعينه، كانت أحق به، ولا حق لها فيما قبل؛ وإذا قال من تزوجت فلا حق لها، فإن رجعت فلها مسكن كذا، لم يكن لها حين التزويج شيء حتى ترجع فترجع فيما مضى؛ وليست كالتي لم تذكر رجعتها، لأنه إذا سمي رجعتها، فكأنه حبس عليها إلى رجعتها فتأخذها؛ فإن قال إن رجعت دخلت في حبسي، فلها من يوم ترجع؛ وقال عبد الملك إذا شرط من تزوجت فلا حق لها ما دامت عند زوج فتزوجت واحدة فنصيبها لمن معها في الحبس من أخواتها ما دامت متزوجة، فإن رجعت أخذته؛ ولو تزوجن كلهن، وقف عليهن للغة؛ فإن رجعت واحدة أخذتها كلها ما وقف وما يستقبل، وعلى القول المتقدم لا شيء لها في الماضي وهذا في

(1) المدونة: م 6 ج 104/15-105.

الغلة؛ أما إن كان الحبس سكنى فهو أين في سقوط الماضي؛ ولو جعل الماضي لغيرها مدة التزويج لم يكن لها شيء.

فرع :

في الكتاب إذا حبس في المرض داراً على ولده وولد ولده، والثالث يحملها ومات وترك أمّاً وإمرأة؛ قسم بينهما على عدد الولد وولد الولد، فما صار لولد الولد نفذ لهم في الحبس، وما صار للأعيان بينهم وبين الأم والزوجة على الفرائض موقوفاً بأيديهم حتى ينقرض ولد الأعيان توفية بقاعدة الميراث وصيغة الحبس، فتخلص الدار كلها لولد الولد حبساً توفية بالحبس، ولو ماتت الأم والمرأة، فما بأيديهما لورثتهما؛ وكذلك يورث يقع ذلك عن وارثهما ابداً ما بقي أحد من ولد الأعيان، فإن مات أحد من ولد الأعيان قسم نصيبه على من بقي من ولد الأعيان وعلى ولد الولد، كأنه لم يكن موجوداً؛ ثم تدخل الأم والمرأة وورثة من هلك¹ من ولد الأعيان في الذي أصاب ولد الأعيان من ذلك على فرائض الله تعالى، فإن هلكت الأم أو المرأة أو هلكا، دخل ورثتهما في نصيبهما ما دام أحد من ولد الأعيان؛ فإذا انقرضت الأم والمرأة أولاً، دخل ورثتهما مكانهما، لأنه حق لهما؛ فإن انقرض أحد ولد الأعيان بعد ذلك، قسم نصيبه على من بقي من ولد الأعيان وعلى ولد الولد، ورجع من ورث ذلك المالك من ولد الأعيان، وورثة الزوجة وورثة الأم في الذي أصاب ولد الأعيان، لاشتراكهم في أصل الميراث، فيكون بينهم على الفرائض؛ فإن مات ورثة الزوجة والأم وبقي ورثة ورثتهم دخل في ذلك ورثة ورثتهم، ومن ورث من هلك من ولد الأعيان أبداً ما بقي من ولد الأعيان أحد بحال ما وصفتنا؛ فإن انقرض ولد الأعيان وولد الولد، رجعت حبساً على أقرب الناس بالحبس توفية بمقصده في الحبس؛ قال ابن يونس قال سحنون قل من يعرف هذه المسألة لصعوبتها، وقد وقعت في أكثر الكتب خطأ لدقة معانيها؛ وتقريرها أنه حبس على غير وارث

(1) في ي : الميت.

وهو ولد الولد، فما كان لهم أجري مجرى الأوقاف، وما ناب ولد الأعيان دخل فيه ورثة الميت من الأم والمرأة وغيرهم إذا لم يجيزوا، إذ ليس لوارث أن ينتفع دون وارث معه لامتناع الوصية للوارث. فكأن الميت ترك زوجة وأماً وثلاث بنين وثلاثاً من ولد الولد، لكل واحد من ولد الأعيان ولد، فيقسم الحبس وغلته على ستة: ثلاثة لولد الولد ينفذ لهم، قال سحنون ومحمد¹ إذا استووا، وإلا فعلى قدر الحاجة؛ وعن ابن القاسم الذكر والأنثى سواء، لأن الحبس حبس وهو يتوقع فقرهم وغناهم وأعرض عن ذلك؛ والأول يرى أن مقصد الوقف المعروف وسد خلة الحاجة، وتأخذ الأم مما في يد الأعيان السدس، والزوجة الثمن، ويقسم ما بقي على ثلاثة، عدد ولد الأعيان، لأنهم ذكور، وإلا فللذكر مثل الأنثيين لإحتجاج الذكر بالميراث، كما احتجت الزوجة والأم اختلفت حاجتهم أم لا، لأنهم يأخذون بالميراث؛ فإن مات أحد ولد الأعيان، قال ابن القاسم ينتقض القسم كما ينتقض لحدوث ولد الولد للأعيان أو ولد الأعيان أو ولد الولد. ويقسم جميع الحبس على خمسة بقية الولد وولد الولد، فما صار لولد الولد نفذ²؛ وما صار لولد الأعيان أخذت الأم سدسه والزوجة ثمنه، وقسم ما بقي على ثلاثة عدد أصل ولد الأعيان، فيأخذ الحيان سهميهما وورثة الميت سهماً يدخل فيه أمه وزوجه وولده - وهو أحد ولد الولد³ فيصير بيد ولد هذا الميت نصيب - بمعنى الحبس من جده في القسم الأول والثاني، ونصيب - بمعنى الميراث؛ ويقسم ما أخذ في القسم أولاً وهو سدس الحبس يؤخذ ما بيده يضم إليه ما يخرج عنه للأم والزوجة وهو ثلث ما في أيديهما يكمل له السدس؛ ويقال لهما قد كنتما تحتجان عليه بأنه لا يستأثر عليكما - وأنتما وارثان معه؛ فلما مات، بطلت هذه الحجة في بقاء ما أخذنا منه بأيديكما، لقيام ولد الولد فيه؛ ولا حجة لكما على ولد الولد، لأنه غير

(1) كلمة (ومحمد) ساقطة في د .

(2) عبارة (ويقسم جميع الحبس ... لولد الولد نفذ) ساقطة في د .

(3) في ي : الصغير .

وارث، فيقسم هذا السدس على ولد الولد ثلاثة، وعلى من بقي من ولد الأعيان - وهما اثنان؛ فيقسم على خمسة: ثلاثة لولد الولد، وسهمان لولد الأعيان؛ فما صار لولد الأعيان، قسم عليهم وعلى ورثة الهالك منهم على الفرائض؛ وتأخذ الأم للهالك الأول وامراته من هذين السهمين اللذين لولد الولد - السدس والثلث، ويقسم ما بقي بينهما على ثلاثة عدد ولد الأعيان: سهمان للحين، وسهم ينسب لورثته؛ فيصير بيد ولد هذا الميت نصيب وقف من جده في القسم الأول والثاني، ونصيب إرث من أبيه هذا؛ كذلك فسره أبو محمد.

وقال سحنون: ما صار لولد الأعيان ضم إليه السدسان اللذان كانا بأيديهما معدوداً بالزوجة والأم ما أخذنا منهما، وللزوجة ثمن الجميع، وللأم سدسه؛ ويقسم الباقي ثلاثة للأحياء من الأعيان سهمان، وسهم لورثة الميت يوقف؛ وسهم على الفرائض؛ أو تقول: ما صار لولد الأعيان من قسم سدس حبس الميت - وهو خمسان، للأم سدسه، وللزوجة ثمنه؛ ويضم الباقي إلى الباقي في أيديهما في سهم الحبس أولاً - بعد أخذ الأم والزوجة سدسه وثلثه، يقتسمان ذلك على ثلاثة؛ لهما منها سهم، ولورثة الميت سهم على الفرائض، وهو - مثل الأول، لأن سدس الخمس إذا قسم على خمسة صار سدس كل واحد من ولد الولد خمساً، وإذا ردت الزوجة والأم ما كانتا أخذتا من ولد الأعيان، صار بأيديهم الخمسان؛ قال الأمر إلى أن الخمس يقسم على خمسة، ثم تدخل الأم والمرأة وباقي ولد الحين: ولا معنى لقول سحنون: وقسمة جميع الخمس على خمسة أين، وإنما قسم سهم الميت من ولد الأعيان على خمسة، لقيام ولد الولد في ذلك؛ وقسمة الحبس بوصية الميت لتوفر سهمانهم بنقصان عدد أهل الحبس، فما وصل لولد الأعيان صارت الحجة عليهم فيه لمن ورث الميت الأول معهم؛ وكذلك صارت لمن يرث الميت من ولد الأعيان حجة أن ينالوا نفع ما ورثه وليهم ما دام أحد من الورثة ينتفع بمعنى الميراث عن الميت الأول، وإنما يختلف نقض القسم من غير نقضه على ولد الأعيان وعلى ورثة الميت منهم؛ فأما¹ على ولد الولد أو أم الحبس وامراته فلا، قال

سحنون: والثمار ونحوها من الغلات تقسم عند كل غلة على الموجود يومئذ من ولد الصلب وولد الولد، ويجمع ما لولد الصلب فيقسم على الفرائض، وأما الدور والأرضون، فلا بد من نقض القسم في جميع الحبس، فيقسم على من بقي من ولد الأعيان وولد الولد، فما صار لولد الأعيان، دخل فيه أهل الفرائض؛ وما صار لولد الولد، أخذوه؛ وهذا القول إنما يصح على رأي من لا يرى نقض القسم في جميع الحبس؛ وعلى نقض القسم يقسم جميع الحبس على أربعة، فما صار لولد الولد، أخذوه حبساً، وما لولد الأعيان أخذت الأم سدسه والمرأة ثمنه؛ ويقسم الباقي على ثلاثة، ويحيا الميتان بالذكر؛ فما صار لكل واحد منهما أخذه على الفرائض موقوفاً، وما صار للحي فهو له؛ وعلى قول من يرى نقض القسم يسترجع من يديه وورثة الهالك أولاً من ولد الأعيان تمام خمس خمس جميع الحبس على ما يبد¹ الهالك الثاني ليكمل الخمس وهو ما كان صار في القسم الثاني بعد موت أخيه، وقد أخذت الأم السدس والمرأة ثمنه؛ وورث أخوه ثلث ما بقي في يديه وهو تسعة وثمان من الخمس فيأخذه كل واحد منهم ويكمل له الخمس فيقسمه على أربعة، لولد الولد ثلاثة، وللباقي من ولد الأعيان سهم تأخذ أم الحبس من هذا السهم سدسه وامراته ثمنه؛ ويقسم الباقي ثلاثة يحيا الميتان بالذكر، فما صار للحي أخذه، وما صار لكل ميت ورثته وورثته على الفرائض موقوفاً؛ وإن مات الثالث من ولد الأعيان، بخلص الجميع لولد الولد؛ وإن مات واحد من ولد الولد ولم يمت من ولد الأعيان أحد، لم يأخذ سهمه وورثته، لأنه حبس وينقض القسم بموته كمون ولد الأعيان؛ ويقسم جميع الحبس على خمسة، فما صار لولد الولد نفذ لهم حبساً، وما صار لولد الأعيان، فللأم سدسه وللمرأة ثمنه، وقسم ما بقي على ثلاثة عدد ولد الأعيان، ودخلت الأم والمرأة فيما رده ولد الأعيان من ولد الولد؛ وعن ابن القاسم لا

(8) في ي : أما.

(1) في ي : في يد.

ينتقض القسم ويقسم نصيب الميت من ولد الولد وهو السدس على خمسة: عدد ولد الولد وولد الأعيان، فما صار لولد الولد نفذ لهم، وما لولد الأعيان دخلت فيه الأم والمرأة أو ورثتهما إن ماتتا، لأن ما رجع لولد الأعيان من نصيب ولد الولد بالوصية لا بالولاية، لأنه على مجهول¹ من يأتي.

وقال² سحنون لا تدخل الأم والمرأة لتنفيذ الوصية أولاً وارتفعت التهمة، بل ترجع إليهم بالولاية ويلزمه إثبات أهل الحاجة من ولد الموصي، لأنها سنة مراجع الأجاس والأول أين؛ فإن مات ثان من ولد الولد فعلى نقض القسم يقسم الحبس كله على عدد من بقي من ولد الولد والأعيان وذلك أربعة : سهم لولد الباقي، وثلاثة لولد الأعيان، وتدخل الأم والمرأة معهم على هذا القول دون القول الآخر؛ فإن هلك الثالث، فجميع الحبس لولد الأعيان، لأنهم الأقرب للمحبس. قال سحنون: ولا تدخل الأم والزوجة، لأن وصية الميت قد نفذت أولاً وارتفعت التهمة، وهو إنما يرجع إليهما بالولاية؛ وعن ابن القاسم ما آل إلى ولد الأعيان من ولد الولد حتى انقضوا أو عن واحد منهم تدخل فيه أم الميت الأول وامراته؛ قال سحنون: وإذا آل ما بيد ولد الولد للأعيان ومات واحد منهم أخذت الأم والمرأة اللتان لهذا الميت ميراثهما مما في يديه من السدس الذي أخذ أولاً مما آل إليه عن ولد الولد، فما بقي قسم بين ولد الأعيان؛ فإن مات أولاً أحد ولد الأعيان، قسم نصيبه على ما تقدم؛ ثم مات أحد ولد الولد، أخذ ما كان بيد هذا الميت³ الذي هو ولد الولد وهو الخمس المأخوذ في قسم الحبس من قبل جده، ومن قبل موت أبيه، دون ما بيده عن أبيه بالميراث؛ فيقسم أربعة لكل واحد من ولد الولد سهم وسهمان للحيين من ولد الأعيان ، تأخذ منهما أم الجد وامراته السدس والثلث، ويقسم الباقي من السهمين ثلاثة:

(1) في ي : مال مجهول.

(2) في ي : قال.

(3) في ي : الميت الولد.

سهم¹ لولد الأعيان الحيين، وسهم لورثة أحيهما الميت، تدخل فيه أمه بالسدس، وامراته بالثمن؛ وإن لم يكن له الآن ولد، لأنه إنما يقسم ذلك على قسمة ما ورث عليه يوم مات، وكل من مات من أهل السهام لا ينتقض بموته قسم، ويصير ما بيده لورثته على المواريث؛ وكذلك لورثة ورثتهم موقوفاً ما بقي من ولد الأعيان أحد فإذا انقضوا، رجع الحبس إلى ولد الولد الأول والذين حدثوا؛ وكذلك ان شرطوا في حبسه: ليس لمتزوجة حق إلا أن يردها راد من موت أو طلاق، فتزوجت ابنة له انتقض القسم عند الزواج، ولا يقسم لها في قسمة الحبس - توفية بالشرط؛ لكن ما أصاب ولد الأعيان منذ دخلت فيه بالميراث، فإن رجعت انتقض القسم وقسم لها في أصل الحبس؛ وينتقض القسم أيضاً بتزويج واحدة من بنات الولد، وينتقض برجوعها إذا قامت؛ وما نابها مع ولد الولد، لا يدخل فيه أحد؛ قال اللخمي إذا ماتت أم الحبس لا ينتقض القسم بموتها، فإن كان لها ولد غير الحبس فنصيبها له، ولا ينتزع منه إلا بموت ولد الأعيان، أو بموت أحدهم؛ وكذلك إن ماتت الزوجة ولا ولد لها إلا ولد الأعيان، أخذوا نصيبها الذي أخذته منه ولا حق لولد الولد فيه؛ فإن لم يحمل الثلث، الولد ولم يجز الورثة، اجبر حسبما قاله الميت أن لو حملها الثلث؛ ولا يصح أن يُقطع بالثلث² شائعاً، بل يجمع ثلثه في الدار؛ كالعتق إذا أوصى به ولم يحمله الثلث، فإنه يجمع في غير ذلك العبد؛ قال محمد إذا حبس داره في مرضه على جميع ورثته ولم يدخل غيرهم معهم ولا بعدهم فليس بحبس ولهم بيعه، وكذلك على ولدي ولم يدخل غيرهم وقاله مالك وابن القاسم، لأنها وصية لوarth؛ ومن مات فنصيبه لمن بعده ميراث، فيصير ميراث الآخر أكثر وهو على القول إن الحبس على المعين يرجع ميراثاً؛ وعلى القول إنه يرجع مرجع الأحباس لا يطل الحبس، ويصير كمن حبس على ورثته وغيرهم؛ قال

(1) كلمة (سهم) ساقطة في النسختين والمعنى يقتضيها، ولذا أثبتتها في الصلب، وجعلتها بين قوسين.

(2) في ي : بالملك.

التونسي: إذا لم يخرج من الثلث في المسألة الأولى، فما خرج من الثلث عمل به ما ذكر في الكتاب، لأنه وصى لوارث وغيره وثم¹ ورثة آخرون فيتعاصون؛ ولو لم يكن وارث غير الموصى لهم، خير الورثة بين الإجازة، والا قطعوا لهم من الدار ما يحمله الثلث فيكون حبساً، أو تسقط وصيتهم، وهو كمن أوصى لوارث واجنبي وليس ثم غير الوارث؛ واختلفوا في قسم الدارين الولد وولد الولد: فقليل على العدد وقيل بالاجتهاد في الفقر على الخلاف إذا نص على الولد وولد الولد، لأنه سوى بينهم عند اشبه.

فرع :

في الجواهر يمتنع وقف الإنسان على نفسه وقاله الائمة وجوزه ابن شريح. لان عمر رضي الله عنه كان يأكل من ثمر صدقته بخير، ولأن عثمان رضي الله عنه وقف بئراً وقال دلوي فيها كدلاء المسلمين، ولأنه ينتفع بالوقف العام فكذلك الخاص؛ والجواب عن الأول ان أكله يحتمل أن يكون بالشراء أو بحق القيام، وعن الثاني انه وقف عام فيجوز أن يدخل في العموم ما لا يدخل في الخصوص، لأنه عليه السلام كان يصلي في مساجد المسلمين ولا يجوز أن يخص بالصدقة، وهو الجواب عن الثالث؛ لنا ان السلف رضي الله عنهم لم يسمع عنهم ذلك، ولأن من ملك المنافع بسبب لا يتمكن من ملكها بغير ذلك السبب؛ كمن ملك بالهبة لا يملك بالعارية، أو الشراء، أو غيرهما؛ فكذلك لا يتمكن من تمليك نفسه بالوقف، ولأنه يمتنع أن يعتق عبده ويشترط عليه خدمته حياته، وبالقياس² على هبته لنفسه. قال أبو إسحاق فإن حبس على نفسه وغيره صح ودخل معهم، وإلا بطل؛ لأنه معهم تبع بخلاف الاستقلال.

(1) في ي : ثم.

(2) في د : بالقياس.

فرع :

قال متى كان الوقف على قرية صح، أو معصية بطل كالبيع وقطع¹ الطريق لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ، وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ﴾² وقاله (ش) واحمد، فإن عرا عن المعصية ولا ظهرت³ القرية صح، لأن صرف المال في المباح مباح، وكرهه مالك؛ لأن الوقف باب معروف فلا يعمل غير معروف.

فرع :

قال صاحب المتقى لو حبس ذمي داره على مسجد نفذ، وقال مالك في ذمية بعثت بذهب للكعبة ترد إليها، وإنما يصرف في هذه الجهات أطيب الأموال، وأموال الكفر ينبغي⁴ أن تنزه عنها المساجد⁵.

فرع :

قال إذا لم يذكر مصرفاً حمل على المقصود بأحباس تلك الجهة، ووجه الحاجة فيها؛ وقال ابن القاسم للفقراء، قيل له إنها بالاسكندرية، قال يجتهد الإمام⁶.

الركن الثالث: الموقوف، وفي الكتاب وقف الرقيق والدواب والثياب والسروج في سبيل الله، ويستعمل ولا يباع⁷ قال اللخمي الحبس ثلاثة أقسام: الأول: الأرض ونحوها، فالديار والخوانيت والحوائط والمساجد والمصانع والآبار

(1) في ي : وقطاع.

(2) الآية: 90 من سورة النحل.

(3) في د - وعن القرية.

(4) جملة (ينبغي أن) ساقطة في د .

(5) انظر المتقى 123/6 .

(6) المصدر السابق 122/6.

(7) المدونة: م 6-ج 99/15 - 100.

والقناطر والمقابر والطرق فيجوز؛ والثاني: الحيوان كالعبد والخيول وغيرها. والثالث: السلاح والدروع، وفيها أربعة أقوال: الجواز في الكتاب وقاله (ش) وأحمد، لأن كل عين يصح الانتفاع بها مع بقاء عينها صح وقفها، لأنه موف بحكمة الوقف، وقيل يمتنع وقاله (ح)، ومنع وقف المنقولات، لأن وقف السلف كان في العقار، وقياساً على الطيب. والجواب عن الأول ان المقداد حبس أدرعه في سبيل الله وهي منقولات، وعن الثاني الفرق بأن الطيب لا يبقى عينه، بخلاف صورة النزاع؛ وقيل يجوز في الخيل، وإنما الخلاف في غيرها؛ وعن مالك استئصال حبس الحيوان، وقال في الرقيق منعه ما يرجى له من العتق، وظاهره يقتضي تخصيص الكراهة للرقيق¹ وفي مسلم أن عمر - رضي الله عنه - أصاب أرضاً بخير فأتى رسول الله ﷺ يستأمره فيها فقال إني أصبت أرضاً بخير لم أصب ما لا قط هو² أنفس عندي منه، فقال رسول الله ﷺ إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، فتصدق بها لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي³ القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل؛ والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم صديقاً غير متمول فيها. وفي البخاري قال عليه السلام من حبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصدقاً بوعده، فإن شبعه وروثه في ميزانه يوم القيامة. وفيه أن خالداً حبس درعه وأعمره في سبيل الله. وفي مسلم إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له، أو صدقة جارية يريد الحبس. ووقف عثمان وطلحة والزبير وزيد بن ثابت وعمر بن العاصي، وكل من له ثروة من الصحابة وقف. رضي الله عنهم أجمعين؛ وقال شريح لا حبس عن فرائض الله، فقيل للمالك ذلك؛ فقال تكلم شريح في بلده ولم يقدم المدينة فيرى أحباس الصحابة وأزواجه - عليه السلام - وهذه أوقافه عليه السلام تسعة.

(1) كلمة (لرقيق) ساقطة في د .

(2) كلمة (هو) ساقطة في د .

(3) في د : دون.

فوائد، إحداهما: قوله عليه السلام انقطع عمله ليس على ظاهره، بل المراد ثواب عمله، إذ العمل عرض لا يستمر، بل يذهب زمانه به، فالإخبار عنه عبث.

وثانيها: انه يثاب في هذه الصور ثواب الوسائل، فإن تعليمه وإقراءه¹ وتصانيفه أسباب للارتفاع بها بعد موته، ودعاء الولد ناشي² عن سببه في النسل، والاتفاق بالوقف ناشي عن تحبسه، فالكل من كسبه وتسببه.

وثالثها: أن الدعاء ليس خاصاً بالولد، بل كل من دعا لشخص رجاء نفعه بدعائه قريباً كان أو أجنبياً، وليس المراد أن ثواب الدعاء يحصل للمدعو له بل متعلق الدعاء ومدلوله لغة، فصار ذكر الولد معهما مشكلاً. وجوابه أن الولد أكثر دعاء، لأن داعية القرابة تحته بخلاف غيره، ولذلك خصصه بالصالح، لأن الصلاح مع البتة مظنة كثرة الدعاء وإجابته، فكان أولى بالذكر من غيره.

فرع :

في الجواهر يصح وقف الشائع وقاله (ش) وأحمد، ومنعه محمد بن الحسن لتعذر القبض عنده فيه؛ لنا أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وقف مائة سهم من خير³ بإذنه - عليه السلام -، ولأنه ممكن القبض اللائق به كالبيع، وقياساً على العتق؛ قال اللخمي: في كتاب الشفعة إن كانت الدار تحمل القسم جاز، لعدم تضرر الشريك إن كره قاسم بعد الحبس، وإلا فله رد⁴ الحبس، لأنه لا يقدر على البيع لجميعها، فإن فسد فيها شيء لم يجد من يصلح معه؛ وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر، لصاحب العلو رد تحبيس السفل، لأنه لا يجد من يصلح له السفل إذا احتاج إليه، ومن حقه أن يحمل له علوه؛ ولصاحب السفل

(1) في ي : وإقراره.

(2) في ي : تأثير.

(3) في ي : خمس.

(4) في ي : فلا رد.

رد تحبیس العلو، لأنه قد یخلق فیسقط علیه ولا یجد من یصلح؛ وتحبیس شرك من حائط فهو كما تقدم فی الدار.

فرع :

قال: یجوز وقف الأشجار لثمارها، والحيوانات لمنافعها وأوصافها وألبانها واستعمالها؛ وإذا قلنا بالجواز فی الحيوان وقع لازماً، أو بالكرهه وفي اللزوم روايتان.

فرع :

قال یمتنع وقف الدار المستأجرة لاستحقاق منافعها للإجارة، فكأنه وقف ما لا ینتفع به، ووقف ما لا ینتفع به لا یصح؛ یمتنع وقف الطعام، لأن منفعة فی استهلاكه، وشأن الوقف بقاء العین.

الركن الرابع: ما به یكون الوقف، فی¹ وفي الجواهر هو² الصیغة أو ما یقوم مقامها فی³ الدلالة على الوقفية عرفاً، كالإذن المطلق فی الانتفاع على الإطلاق، كإذنه فی الصلاة فی المكان الذي بناه لها إذناً لا یختص بشخص ولا زمان؛ ووافقنا (ح) وأحمد، وقال (ش) لا یعتبر إلا القول على قاعدته فی اعتبار الصیغ فی العقود؛ لنا أنه - علیه السلام - كان یهدی ویهدی إلیه ووقف أصحابه ولم یُنقل إنه قبل ولا قبل منه، بل اقتصر على مجرد الفعل، ولو وقع ذلك اشتهر؛ ولأن مقصود الشرع الرضي بانتقال الأملاك، لقوله - علیه السلام - «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه منه»⁴ فأی شيء دل على حصول مقصود الشرع كفی⁵.

(1) فی د : وفي.

(2) فی ی : هي.

(3) فی ی : من.

(4) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي - ومروا تخريجه.

(5) كلمة (كفی) ساقطة فی د : وفي.

فرع :

قال¹ في الجواهر لا يشترط في الصحة القبول إلا إذا كان الموقوف عليه معيناً أهلاً للقبول والرد، فيشترط في نقل الملكية إليه القبول كالبيع، وإلا فلا كالعتق؛ واختلف هل قبوله شرط في اختصاصه خاصة أو في أصل الوقفية؛ قال مالك: إذا قال اعطوا فرسي لفلان، إن لم يقبل أعطى لغيره كان حبساً، وقال مطرف يرجع ميراثاً لعدم شرط الوقف؛ وقال (ش) وأحمد لا يشترط القبول في الوقف قياساً على العتق.

فرع :

قال الألفاظ قسمان مطلقة مجردة نحو وقفت وحبست وتصدقت وما يقترن به مما يقتضي التأيد نحو محرم لا يباع ولا يوهب، وأن يكون على مجهولين أو موصوفين كالعلماء والفقراء فيجرى مجرى المحرم باللفظ؛ لأن التعيين يشعر بالعمرى دون الحبس؛ ولفظ الوقف يفيد بمجرده التحريم؛ وفي الحبس والصدقة روايتان، وكذلك في ضم أحدهما للآخر خلاف؛ إلا أن يريد بالصدقة هبة الرقة، فلا يكون وقفاً؛ وحيث قلنا لا يتأبد يرجع بعد الوجه الذي عين له حبساً على أقرب الناس بالمحبس - كان المحبس حياً أو ميتاً - إن كانوا فقراء؛ فإن كانوا أغنياء فأقرب الناس إليهم من الفقراء، لأن أصل الحبس مبنى على سد خلة حاجة الموقوف عليه؛ قال ابن القاسم كل ما يرجع ميراثاً يراعى فيه من يرث المحبس يوم مات. وما يرجع حبساً² فلاؤلاهم به يوم المرجع؛ والقراية الذين³ يرجع إليهم هم عصبة المحبس الميت. قاله مالك، وقال ابن القاسم: يرجع لأقرب الناس من ولد عصبته⁴؛ وإذا قلنا يرجع للعصبة، اختلف

(1) كلمة (قال) ساقطة في ي .

(2) في ي : ولم.

(3) في ي : التي.

(4) في د : ولد وعصبة.

هل للنساء فيه مدخل أم لا؟ ففي¹ كتاب محمد دخولهن، وعن ابن القاسم عدم دخولهن؛ وقال أصبغ: البنت كالعصبة، لأنها لو كانت رجلاً كانت عصبة، وعن مالك: كل امرأة لو كانت رجلاً كانت عصبة يرجع إليها الحبس؛ وإذا قلنا بالدخول فاجتمع بنات وعصبة فهو بينهم إن كان فيه سعة، وإلا فالبنات أولى لقربهن؛ وتدخل مع البنات الأم والجدة للأب دون الزوجة والجدة أم الأم، لعدم التعصب لو كانتا رجلاً - قاله ابن القاسم؛ فإذا² انقرض جميع أصحاب المرجع، صار حبساً على المساكين. قال صاحب المقدمات: لفظ الحبس والوقف سواء لا يفترقان في وجه من وجوه الحبس، وقاله (ش) وأحمد؛ وقال عبد الوهاب: الوقف لا يقع إلا محرماً فهو أقوى لمساك: وليس بصحيح؛ ولهذا الألفاظ ثلاثة أحوال - بحسب الحبس عليه: الحال الأولى أن يحبس على معين فهو يرجع بعد موت الحبس عليه حبساً على أقرب الناس بالحبس، لأنه حبس محرم؛ أو يرجع بعد موت الحبس عليه ملكاً لأقرب الناس بالحبس - بناء على أنها عمرى قولان لمالك في المدونة - وسواء قال حياته أو لم يقل؛ وقيل إن قال حياته، رجع بعد موته³ إلى الحبس ملكاً؛ وإلا رجع مرجع الأحباس، لأن التحديد يشعر بالتعمير، والتسوية هي ظاهر المدونة، قال: أكره لقوله صدقة محرمة لا تباع؛ فحكى ابن القاسم أنه لم يختلف قول مالك في أنه حبس محرم يرجع مرجع الأحباس، وليس كذلك؛ بل روى ابن عبد الحكم عن مالك يرجع بعد موت الحبس ملكاً - إذا كان على معين. الحالة الثانية أن يحبس على مجهولين غير معينين ولا محصورين نحو المساكين وفي السبيل موقف محرم إتفاقاً. الحالة الثالثة: يحبس على محصورين غير معينين نحو على ولد فلان أو عقبه، فحبس محرم إتفاقاً؛ ويرجع بعد انقراضهم حبساً على أقرب الناس بالحبس إلا أن يقول حياتهم، فقال عبد الملك يرجع ملكاً إليه بعد انقراضهم⁴. وأما لفظ

(1) في ي : وفي.

(2) في ي : وإذا.

(3) في ي : موت الحبس.

الصدقة فلها ثلاث حالات أيضاً إن كان على معين فله بيعها وتورث عنه وهي تملك اتفاقاً.

الحالة الثانية غير معينين ولا محصورين فتباع ويتصدق بها عليهم بالاجتهاد، إلا أن يقول يسكنونها، أو يستغلونها فيكون حبساً على ذلك.

الحالة الثالثة: على محصورين غير معينين فهل يكون لآخرهم ملكاً أو يرجع مرجع الأحباس حبساً على أقرب الناس بالتصدق قولان للملك أو اعمار يرجع بعد انقراضهم إلى المتصدق قول ثالث؛ ووافقنا (ش) وأحمد في أن لفظ الحبس والوقف صريح، وزادا لفظ السبيل لوضع الأولين لغةً لذلك، وورد الثالث في السنة حيث قال - عليه السلام - حبس الأصل وسبل الثمرة.

الباب الثاني في شرطه - وهو الحوز

وقد تقدم دليل اعتباره، وقد ألحق بالهبة والصدقة والعارية والحبس بجامع المعروف، وقال (ش) وأحمد لا يشترط الحوز قياساً على البيع والإجارة، ولان عمر وعلياً وفاطمة - رضي الله عنهم - لم يزالوا يلوا صدقاتهم. والجواب عن الأول الفرق بأنه عقد عرا عن المعاوضة بالأدلة المتقدمة في الهبة.

فرع :

في الكتاب إذا حبس نخل حائط¹ على المساكين في مرضه والثلث يحمله ولم يخرج من يده حتى مات نفذ، لأنه وصية لقرينة المرض لا يشترط حوزها قبل الموت؛ وإن حبس في صحته ما لا غلة له كالسلاح والخيول ولم يخرجها حتى مات، بطلت لعدم الحوز في الحياة؛ وإن أخرجها في وجهها وعادت إليه نفذت من رأس ماله، لحصول الحوز قبل الموت؛ فإن أخرج بعضها نفذ ولا يجوز من

(8) انظر المقدمات 419/2 - 421.

(1) في ي : حائطه.

فعل الصحيح إلا ما حيز قبل الموت والفلس¹ قال ابن يونس إذا تصدق على ولده الصغير فحوزه له حوز، إلا أن يسكن في الدار أو جلها حتى مات فيبطل جميعها لعدم الحوز باستيفائه المنفعة؛ ولو سكن أقل الدار الكبيرة وأكرى لهم باقيها نفذ الجميع، لأن الأقل تبع للأكثر؛ وقد حبس زيد بن ثابت وعبدالله بن عمر داريهما وسكنا منزلاً حتى ماتا، فنفذ الجميع؛ ولا تكفى الشهادة في المرض أنهم حازوا بل حتى تعاین الحوز، لأن الاعتراف بالشئ إنما يقوم مقام الشئ في حق المقر خاصة، وهو ههنا متعلق بالوارث، وكذلك الهبة والصدقة والرهون؛ وقال أشهب إذا كان يخرج الأسلحة وغيرها ثم تُرد إليه بعد الرجوع فيعلف الخيل من عنده وترم السلاح ويتنفع بذلك في حوائجه ويعيره لإخوانه ثم يموت فهو ميراث، لأنه حائز لمنافعه وليس تفريق الغلة كالسلاح، لأن أصل النخل بيده ولم يخرج قط؛ قال ابن عبد الحكم ان جعلها بيد غيره يحوزها ويدفع غلتها للواقف يلي تفريقها جاز وأباه ابن القاسم واشهب لبقاء يده. قال مالك إن حبس على من يحوز لنفسه ولم يحز حتى مرض الواقف امتنع الحوز للحجر، وإن مات فهو ميراث، وكذلك سائر النحل؛ قال مالك إذا حبس داراً أو غيرها في السبيل وجعل رجلاً يليها يكرى ويرم وينفق في السبيل ثم أكرها من ذلك الرجل ونفذ الكراء هو ميراث، لأن إجارته له² استيلاء يمنع الحوز عنه، وكذلك لو حبسها على ولده ثم أكرها منهم بكراء يدفعه إليهم، أو يعمل في الحائط مساقاة فذلك يبطله؛ قال مالك فإن حبس فرساً على رجل في سبيل الله فأقره عنده ليعلفه له ويقوم عليه حتى يغزو وأشهد على ذلك وأمكنه من قبضه فتركه كذلك حتى مات المعطي نفذ، لأنه كان وكيله فیده يده؛ قال محمد ولا يصلح هذا إلا في مثل الفرس والسلاح وما لا غلة له؛ قال مالك إذا حيز عنه بعد سكناه زماناً طويلاً، ثم رجع فسكنه بكراء، نفذ إن كانت الحياة

(1) المدونة: 6-ج 107/15-108.

(2) كلمة (له) ساقطة في د .

قد ظهرت قال محمد هذا إذا حاز الحبس عليه نفسه أو وكيله ولم يكن فيهم¹ صغير ولا من لم يحو بعد ؛ أما من جعل ذلك بيد من يجوز على المتصدق عليه حتى يقدم أو يكبر أو يولد، أو كان بيده هو يحوزه لمن يجوز حوزة عليه ثم سكن قيل أن يكبر الصغير وقبل أن يجوز من ذكرنا بطلت؛ وأقل الحيازة عند مالك سنة، قال مالك إن حبس على عبده حياته ثم على فلان، فحازه العبد ومات السيد لا شيء للأجنبي، لأن عبده لا يحوز عنه لقدرته على الانتزاع بخلاف الأجنبي، وكذلك على ولده الصغير ثم على فلان ويحوزه لولده ثم يموت قبل بلوغ الابن الحوز، بطل للأجنبي لعدم الحوز، ويبقى للابن، لحوز أبيه له، بخلاف حبس عليك سنين ثم على فلان، فحيازة الأول حيازة للثاني لخروجه عن يد الواقف؛ وقال عبد الملك: إذا أعمار له² داره وبعد الحيازة جعل مرجعها للآخر، لا يكون حيازة الأول حيازة للثاني إن مات الواقف أو فلس؛ بخلاف إذا كان ذلك في مدة حتى يكون قبض الأول قبضاً للآخر؛ قال مالك: حبس عليك حياتك ثم في السبيل فهو من رأس المال - إن حيز عنه؛ وقوله عليك حياتي ثم في السبيل هو من الثلث، لجعله ذلك بعد الموت؛ وعنه من رأس المال، لأنه لا يرجع إليه ولا لورثته؛ قال اللخمي: يختلف إذا لم يمكنه صرف الحبس فيما حبس حتى مات، هل ينفذ أم لا؟ والحبس أصناف: ما لا يحتاج إلى حيازة ولا تبقى يد الحبس عليه كالمساجد والقناطر والمواجل والآبار، بل يكفي التخلية؛ وما لا يصح بقاء يد الواقف عليه ويجب تحويزه - وهو ما كان على معين إذا كان ينتفع بعينه كدار السكنى وعبد³ الخدمة، ودابة الركوب؛ وما يصح بقاء يده عليه - إذا أنفذه في وجهه - كالخيل يغزى عليها، والسلاح والكتب يقرأ فيها - إذا لم يكن الحبس على معين يصح عوده

(1) في د : منهم.

(2) في ي : أعمره.

(3) من هنا إلى قوله: (ما هو أفضل، وينقله إلى ما يمكن معه العتق) - ساقط في د - وهو

نحو 6 صفحات من هذا المطبوع.

إليه بعد قبضه؛ ويختلف إذا لم يأت وقت لجهاد وطلب الغزاة حتى مات، هل يطل أم لا؟ ولو كان يركب الدابة إذا عادت إليه ليروضها لم يفسد حبسه، أو يركبها - كما يفعل الملاك بطل حبسه، وقراءة الكتب إذا عادت إليه - خفيف؛ وما اختلف هل يصح بقاء يده عليه - وهو ما على غير معين والمراد غلاته - كالثمار والخوانيت وعبيد الخراج، وهذا الصنف أربعة أصناف: فإن أخرجه من يده وأقام لحوزه وأنفاذ غلاته غيره صح، وإن بقي في يده - ولم يعلم انفاذ غلاته بطل، وعن مالك النفوذ - وهو المختار - لوجود الحوز بيد الغير؛ فهذه أربعة أصناف.

فرع :

في الجواهر: إذا صرف منفعتة في مصلحتها، ففي كون ذلك حوزاً إن وليه ثالثها في الكتاب: الفرق بين إخراج الغلة كالثمرة وكراء الأرض فيطل، وبين إخراج العين نفسها - كالفرس والسلاح يقاتل بهما ثم يرجعان إليه فيصح.

فرع :

قال صاحب المقدمات: إن امتنع المحبس من الحوز جبر عليه، ولا يطل بالتأخير ما لم يمت، أو لتراخي المحبس عليه في القبض¹ حتى يفوته المحبس².

نظائر: قال العبدى: يتبع الأقل الأكثر في إحدى عشرة مسألة: إذا سكن أقل المحبس أو الهبة صح الجميع، وإذا استويا، صح في غير المسكون؛ وإذا اجتمع الضأن والمعز أخرج من الأكثر في زكاة الإبل من غالب غنم البلد - ضأناً كان أو معزاً؛ أو السقى والنضح، يزكى على الغالب؛ وإذا أدار بعض ماله، حكم للغالب في زكاة التجارة؛ وزكاة الفطر من غالب عيش البلد، والبياض في

(1) في نسخة ي التي انفردت بهذا النص: (المحبس) - والتصويب من المقدمات.

(2) انظر المقدمات 419/2.

المساقاة تبع - إذا كان أقل، وإذا نبت أكثر الغرس، فللغارس الجميع؛ وإذا نبت الأقل، فلا شيء له فيهما؛ وقيل له سهمه من الأقل، وإذا أطعم أكثر الغرس سقط عليه العمل، أو أقله فعليه العمل، وقيل بينهما؛ وإذا وجد المساقى أكثر الحائط سقط السقي، أو أقله فعليه السقي، وإذا أبر أكثر الحائط، فالجميع للبائع، وإذا استحق الأقل أو وجد به عيب، فليس له رد ما استحق ولا التسليم، بل يرجع بقدره.

الباب الثالث: في أحكامه

وهو من أحسن أبواب القرب لما تقدم من الأحاديث، وينبغي أن يخفف شروطه، وأن يضيق على متناوله بكثرتها، فإنه وسيلة إلى أكل الحرام بمخالفتها، وتسليمها من باب الإحسان¹، فيكون أبلغ في الأجر، ولا يضيق في ذلك ما يخيل من التهمة وقد تقدم الحديث في توسعة عمر - رضي الله عنه - في وقفه.

فروع :

وحكمه لزوم من غير حكم الحاكم وقاله (ش) وأحمد، وقال (ح) غير صحيح ولا يلزم في حال الحياة، وهو ملكه يورث عنه إلا أن يحكم حاكم بصحته، أو يعلقه على موته فيقول: إذا مات فداري وقف على كذا، لقول النبي ﷺ نحن معاشر الأنبياء لا نورث، ما تركناه صدقة - يروى صدقة بالنصب، وتقديره لا نورث، كل شيء تركناه صدقة؛ فيدل على أن ما تركه غيرهم صدقة يورث، ولقول النبي ﷺ: لا حبس بعد سورة النساء - يشير إلى آية المواريت؛ ولأن عبد الله بن زيد وقف بستاناً على الفقراء فشكاه أبواه لرسول الله ﷺ وقالوا: ما لنا غيره، فرد غلته عليهما؛ فلما ماتا، ذكر ذلك عبد الله له ﷺ فجعله له ولم يرده وقفاً. وقال شريح: جاء رسول الله ﷺ بإطلاق الحبس،

(1) في ي : إحسان الإحسان.

ويروى بيع الحبس، ومثل هذا لا يقال إلا عن توقيف؛ ولأنه لو قال حوانيت البيع في ملكي لم يورث، وكذلك الوقف إلى التصرف أعظم، وبالقياس على الوقف على نفسه.

والجواب عن الأول: أنه روى بالرفع وتقديره: الذي تركناه صدقة، وقد احتج الصديق به؛ فلو صح ما ذكرتم، لجاوبته فاطمة - رضي الله عنها والصحابة؛ فإن الذي ترك غير صدقة ينبغي أن يورث، فلا يدل على عدم الميراث بل عليه بالمفهوم؛ ولما حسن منه الاحتجاج، وأنه عن أفصح الناس. وعن الثاني أن المراد الحبس المسقط للموارث - وهوما زاد على الثلث، فإن الفرائض قدرت بعد¹ الوصية بالثلث وبعد الديون. وعن الثالث أنه كان لهما يتصرف فيه بالحبس من غير أمرهما - وذلك باطل إجماعاً؛ ولولا أنه لهما لما ورثه عنهما. وعن الرابع أن مراده ما كانت الجاهلية تحبسه بغير إذن الله تعالى كالبحية والسائبة. وعن الخامس أنه إن أراد الوقف كان وقفاً ومنعنا الحكم، وإلا فهو إثبات حكم المنع بدون سبب، وفي صور لا النزاع لسيبه فظهر الفرق. وعن السادس أن الثلث ثابت له قبل الوقف، وتحصيل الحاصل محال؛ ومن يملك العين والمنفعة لا يتمكن من تمكين نفسه بسبب آخر، كما يتعذر عليه أن يهب نفسه بخلاف الغير، لأن تحديد الاختصاص لم يكن ولا ما يقوم مقامه؛ لنا قوله عليه السلام لعمر - رضي الله عنه - في الحديث المتقدم: حبس الأصل وسبل الثمرة، فدل على أن الأصل يكون محبوساً ممنوعاً بالعقد من غير حكم حاكم، وأنه يتعذر الرجوع فيه، ولأنه كتب فيه صدقة محرمة لا تباع ولا توهب ولا تورث، وذلك لا يكون إلا بأمره عليه السلام؛ لأنه المشير في القضية والمدير لها؛ وثانيها إجماع الصحابة - رضوان الله عليهم -، قال جابر بن عبد الله: لم يكن أحد من الصحابة - رضوان الله عليهم - له مقدرة إلا وقف وقفاً، وكتبوا في ذلك كتباً ومنعوا فيها من البيع والهبة؛ وأوقافهم مشهورة بالحرمين بشروطها وأحوالها،

(1) في ي : لعدم.

ينقلها خلفهم عن سلفهم، فهم بين واقف وموافق فكان إجماعاً، ولذلك رجع أصحاب (ح) عن مذهبه في هذه المسئلة، لما لم يمكنهم الطعن في هذه النقل، وبه احتج مالك على أبي يوسف عند الرشيد، فرجع أبو يوسف لمالك؛ وبالقياص على المسجد والمقبرة، فإنه وافق فيهما، وقياًساً لما يقع في الحياة على ما يوصى به بعد الموت لتسوية بين الخالين - كالعتق.

فرع :

قال اللخمي: الحبس على المعين خمسة أقسام: يرجع ملكاً في وجهين، واختلف في ثلاثة ف قوله على هؤلاء النفر أو العشرة وضرب أجلاً أو حياته لم ترجع ملكاً اتفاقاً في هذين، لأنه إسكان بلفظ التحبيس؛ واختلف إذا لم يسم أجلاً ولا حياة، بل قال حبساً صدقة لا تباع ولا تورث؛ فعنه يكون على مراجع الأحباس نظراً للفظ الحبس، وعنه يرجع ملكاً لقرينة التعيين الدالة على العمري. وقال عبد الملك: إذا حبس على مخصوصين فهو عمري، وإن سماه صدقة نظراً لقرينة التعيين. قال ابن وهب: إذا حبس على رجل وقال لا يباع ولا يوهب، ثم بدا له، فقال: هو صدقة عليه يصنع ما شاء من بيع وغيره ويلغى قوله: لا يباع ولا يوهب، لأنه لا يجوز حمله على أنه لا يباع ولا يوهب حتى يستوفي هو المنفعة فلا يثبت الحبس بالشرك. وقال محمد: إذا أوصى بثلاث ماله لفلان وعقبه، تجر فيه وله ربحه وعليه خسارته ويضمنه، فإن ولد له دخل معه، فإن انقضوا والآخر امرأة أخذته بالميراث، لحمله على الملك - ولو ذكر العقب؛ لأن الأصل الهبة والإذن دون الوقف؛ فلأول هبة المنفعة، وللآخر الرقبة. وقال مالك فيمن حبس على ولده ولا ولد له، له أن يبيع لعدم الموقوف عليه؛ وقال ابن القاسم: لا يبيع إلا أن يئس من الولد، ولو حبس على ولده ثم في سبيل الله تعالى فلم يولد له، له أن يبيع، لأن القصد به الولد، وإنما ذكر السبيل مرجعه، وقال عبد الملك حبس، فإن قال على زيد وعقبه ثم على عمرو بتلاً فمات الذي بتل أي قبل ثم انقض زيد وعقبه رجعت ميراثاً بين ورثة عمرو

يوم مات. قال ابن يونس: إذا حبس على ولده ثم على السبيل، قال محمد لا يبيع حتى يئأس من الولد؛ وقال عبد الملك: هو حبس يخرج من يده إلى يد ثقة، فإن مات قبل أن يولد له، رجع إلى أولى الناس به يوم حبس؛ وإن أوصى بثلاث ماله لعقبي فلان فلم يولد له ولد، قال ابن القاسم: إن علم بعدم الولد انتظر، وإلا بطلت الوصية؛ وقال أشهب: إن مات الموصي قبل وجود ولد أو حمل بطلت.

فرع :

قال ابن يونس: قال مالك: إذا حبس على ولده وقال: إن أحبوا أو أجمع ملاؤهم على البيع باعوا واقتسموا الثمن بالسوية هم وأبنائهم، فلو هلكوا إلا واحداً له البيع؛ قال ابن القاسم: ولا حق لغيرهم من الورثة، لأنه يتلها لبنيه خاصة؛ وإذا قال في حبس: إن أحبوا باعوا، فللغرماء أن يبيعوا في ديونهم، لأنه إنما نقلها لهم بهذه الصيغة.

فرع :

قال : قال محمد: دارى على عقبي فلان وهي للآخر، أو على الآخر منهم، فهي للآخر منهم مسلمة، وقيل ذلك حبس؛ فإن كان آخرهم امرأة لها البيع، أو رجل يرجى له عقب أوقفت عليه، فإن مات ولم يعقب - ورثها ورثته؛ وإن تصرفوا وجعلها للآخر فاجتمع الأبعد والأقرب على بيعها، ليس لهم ذلك، لاحتمال كون غيرهم الآخر إلا أن ينقضوا كلهم، فلو قال: عبدي حبس عليكم، هو للآخر ملك؛ إلا أن يقول عليكم حياتكما - وهو للآخر منكما، فهو حبس على الآخر حياته؛ ولو قال أمتي صدقة حبس على أمه وأخته لا تباع ولا تورث، وأيهما مات، فهي للآخر منهما؛ فإن عينها للآخره منهما تصنع ما شاءت من البيع وغيره ويطل حبسها، ولم يرها مثل الدور ولا حظ معنى الثمن كالعلف في الحيوان دون الرباع، لأنه ينقل الرقيق إلى ما هو أفضل له¹، وينقله

(1) في ي : منه.

إلى ما يمكن معه العتق؛ وأما الرباع فلا يجوز أن يتل بعد التحبّيس، لأنه مخالفة للوقف من غير مصلحة، إلا أن يشترط أن مرجعها إليه؛ قال أصبغ: إذا حبس داره على رجل وقال لا تباع ولا توهب، ثم بداله أن يتلها له وقال: هي عليك صدقة، فله أن يصنع ما شاء قال أولاً حبس عليك حياتك أم لا؛ وقيل بل يتخرج على قول مالك في الحبس على معين: هل يرجع ملكاً أم لا؟ فعلى أنه يرجع حبساً يمتنع أن يملكها له، لتعلق حق غيره بها.

فرع :

في الجواهر لو شرط في الوقف الخيار في الرجوع بطل شرطه ولزم الوقف، لأن الأصل في العقود اللزوم.

فرع :

قال لا يشترط التنجيز بل يجوز إن جاء رأس الشهر وقفت، يصح إن بقيت العين لذلك الوقت، ومنع ش وأحمد التعليق على الشرط قياساً على البيع بجامع نقل الملك؛ لنا القياس على العتق وهو أولى من قياسهما، لأنه معروف بغير عوض؛ فهو أشبه بالعتق وأخص به من البيع.

فرع :

قال: لا يشترط إعلام المصرف بل لو قال وقفت ولم يعين مصرفاً، صح وصرف للفقراء - قاله مالك وأحمد قياساً على الأضحية والوصية؛ وقال القاضي أبو محمد يصرف في وجوه الخير والبر.

فرع :

قال: ويجب¹ اتباع شروط الوقف وقاله ش وأحمد، فلو شرط مدرسة أو أصحاب مذهب معين أو قوم مخصوصين لزم، لأنه ماله ولم يأذن في صرفه إلا

(1) في ي : يجب.

على وجه مخصوص، والأصل في الأموال العصمة؛ ولو شرط أن لا يؤاجر مطلقاً أو إلا سنة بسنة¹، أو يوماً بيوم صح واتبع الشرط.
فرع :

قال لو قال على زيد وعمرو ثم على المساكين بعدهما فمات أحدهما، فإن كان ينقسم كغلة دار أو غلة عبد أو ثمرة، فحصته بعد موته للمساكين؛ أو لا ينقسم كعبد يخدم ودابة تركب، فهل هو كالذي ينقسم لتناهي الاستحقاق في حق الميت، أو ترجع حصته للحَي منهُما، لأن قرينة تعدد القسمة تقتضي أن قوله بعدهما أي بعد الجميع لا بعد كل واحد منهما روايتان، فإذا انقضا صار للمساكين الجميع.
فرع :

قال ابن يونس إذا حبس البقر ليقسم لبنها، فما ولدت من الإناث حبس معها أو من الذكور حبست لنزوها؛ لأنها نشأت عن عين موقوفة فتبع أصلها كتبع ولد المكاتب والمدير² لأصوله، ويبيع الفضل من الذكور لتعذر النفع به كالفرس الوقف إذا هرم، فيشتري به أنثى، وكذلك ما كبر وانقطع لبنه.
فرع :

في الجواهر تأثير الوقف بطلان اختصاص الملك بالمنفعة ونقلها للموقوف عليه وثبات أهلية التصرف في الرقبة بالإتلاف والنقل للغير والرقبة على ملك الواقف. وقال (ش) وأحمد يبطل ملك الواقف ثم اختلفا فقال (ش) في مشهوره ينقله لله تعالى، لأنه قرينة كالعق، وقال أحمد ينقله للموقوف كالهبة.

قاعدة: التصرفات تنقسم إلى النقل والإسقاط، فالأول كالبيع والهبة والوصية، فإن الملك انتقل للثاني³، والإسقاط كالطلاق والعق، فإن العصمة

(1) في ي : ستة أشهر.

(2) في د : المدين.

(3) في ي : إلى الثاني.

وهي التمكين¹ من الوطاء والملك في الرقيق لم ينتقل للمطلق والمعتق؛ قال بعض العلماء ومنه أوراق الرسائل، قال ظاهر حال المرسل انه أعرض عن ملكه في الورقة، كما يعرض عن العهدة من البر أو الزبيب إذا وقعت منه ولم يخطر له أن يملكها المرسل² إليه، بل مقصده³ من المرسل إليه أن يقف⁴ على ما تساقط؛ إذا تقررت القاعدة فحكى الاجتماع في المساجد ان وقفها إسقاط كالعتق، فان الجماعات لا تقام في المملوكات، واختلف العلماء في غيرها كما تقدم.

قاعدة: إذا ثبت الملك في عين، فالأصل استصحابه بحسب الإمكان؛ وإذا اقتضى سبب نقل ملك أو إسقاطه وأمكن قصر ذلك على أدنى الرتب لا نرقيه إلى أعلاها؛ وهذه القاعدة، قلنا⁵ إن الاضطرار يوجب نقل الملك من المتيسر إلى المضطر إليه⁶، ولكن يمكن قصر ذلك على المرتبة الدنيا بان يكون بالثمن، ولا حاجة إلى المرتبة العليا - وهي النقل بغير ثمن؛ كذلك هاهنا الوقف يقتضي الإسقاط، فاقصر بانه على المرتبة الدنيا وهي المنافع دون الرقبة توفية بالسبب والقاعدة معاً، ويتخرج على هذه القاعدة وجوب الزكاة في النخل الموقوفة وقد تقدم في الزكاة.

فرع :

قال إذا حبس الفرس أو التيس للضراب فانقطع ذلك منه وكبر، قال ابن القاسم في الكتاب يباع صوتاً لما ليته عن الضياع، وقال عبد الملك لا يباع إلا أن يشترط ذلك في الحبس، لأن بيع الحبس حرام.

(1) في ي : التمكين.

(2) في ي : للمرسل.

(3) في ي : مقصوده.

(4) في ي : ان كان يقف.

(5) في ي : وهذه القاعدة قلنا بها.

(6) في ي : المضطر فيما يضطر .

فرع :

قال الولاية فيه لمن شرطه الحاكم، فإن لم يول ولاه الحاكم ضبطاً لمصلحة الوقف ولا يتولاه هو بنفسه، لأنه مناف للحوز؛ قال¹ (ش) و(ح) يجوز أن يشترطه لنفسه، لأنه ما له يخرج من يده كيف يشاء؛ فإن لم يشترط، فالحاكم؛ وقال أحمد له أن يشترطه لنفسه، لأن الحوز عندهما ليس شرطاً؛ فإن لم يشترطه قال أحمد للموقوف عليه كان عدلاً أم لا، لأنه ملكه إذا كان معيناً، وإلا فالحاكم؛ والعدالة شرط في المباشر² حيثئذ. لنا أن الحوز شرط كما تقدم، والنظر لنفسه. وإن شرط ذلك لنفسه في الحبس، فكذلك - قاله ابن القسّم وأشهب، فإن جعله بيد غيره يجوز له ويجمع³ غلته ويدفعها للواقف يفرقها، أجازها ابن عبدالحكم ومنعه النّ القاسم لبقاء تصرفه؛ ثم يشترط في المتولى الأمانة والكفاية⁴، وتتولى العمارة والإجارة وتحصيل الربيع وصرفه بعد إصلاح ما يحتاج إلى الإصلاح، والبداية بالإصلاح من الربيع حفظاً لأصل الوقف، بل لو شرط خلاف ذلك بطل، لأنه خلاف سنة الوقف؛ ولو شرط أن إصلاح الدار على الموقوف عليه امتنع ابتداء، لأنها إجارة باجرة مجهولة؛ فإن وقع مضى الوقف وبطل الشرط، وأصلح من الغلة جمعاً بين المصالح، وقال محمد يرد الوقف ما لم يقبض لفساده.

فرع :

قال ان علم بشرط الواقف في الصرف اتبع في المساواة والتفضيل، وإلا صرف بالسوية، لأنها الأصل؛ وإن جهل أربابه، فهو كوقف لم يعين مصرفه؛ وقال⁵ (ش) وأحمد يستوي الذكر والأنثى والغني والفقير.

(1) في ي : وقال.

(2) في ي : المباشرة.

(3) في د : لمن يجمع.

(4) في ي : الإقالة والكفاية.

(5) في د : قال.

فرع :

قال إذا آجره الولي لغبطة، ثم ظهر طالب بزيادة لم يفسخ، لأن عقد الإجارة وقع صحيحاً لازماً.

فرع :

قال يمنع نقض ببيان الحبس لتبنى فيها الحوانيت للغلة، لأنه ذريعة لتغييره؛ ومن هدم حبساً من أهله أو من غيرهم، رد البنيان كما كان، ولا تؤخذ منه القيمة؛ وقال (ش) عليه القيمة لأن البنيان ليس من ذوات الأمثال، قال بعض الشيوخ: ثلاث صور مستثناة من ذوات¹ القيم البنيان؛ والثوب يخرق خرقاً يسيراً يجب رفده، والرجل يشتري الشاة وآخر جلدها فيؤثر صاحب الشاة الإحياء فعليه مثل الجلد، حكى هذا صاحب البيان؛ ثم قال: وليس كذلك، بل لأن عود البنيان على مثل ما كان في عتقه وهياته متعذر، والقيمة قد لا تحصل مثل ذلك البناء؛ والقيمة إنما جعلت بدل الشيء إذا كانت تحصيل مثله وههنا لا تحصل. قال في الجواهر: وأما الحيوان يقتل بقيمته يشتري بها مثله ويجعل مكانه، فإن تعذر يشقص من مثله، وقيل إذا تعذر قسم كالغلة؛ وإذا انكسر من الجذع امتنع بيعه واستعمل في الوقف، وكذلك البعض؛ وقيل يباع، ولا يناقل بالوقف - وإن خرب ما حواله وبعدت العمارة عنه؛ وقال (ش) وأحمد تباع الدار ويصرف ثمنها إلى وقف آخر، وكذلك المسجد. وقال محمد إذا خرب ما حوله عاد إلى ملك الواقف، لأن الوقف لغير مصلحة عبث؛ لنا القياس على العتق وعارضوه بالقياس على الكفن إذا أكل الميت السبع، والفرق أن ههنا يرجى عود المنفعة لمن يشرع بعمارته ويعود الناس حوله، والميت إذا أكل لا يعود إلا في الآخرة وهو الفرق بينه وبين الحيوان يباع عند الهرم.

(1) عبارة (الأمثال قال بعض الشيوخ: من ذوات) ساقطة في د .

فرع :

قال يجوز بيع الدور المحبسة حول المسجد يحتاج لتوسيعه بها، وكذلك الطريق؛ لأن السلف عملوا ذلك في مسجده عليه السلام، ولأن منفعتهما أهم من نفع الدور قاله مالك؛ وقال عبدالمالك ذلك في مثل الجوامع الأمصار ومساجد القبائل.

نظائر: قال العبدى يجبر الإنسان على بيع ماله في سبع مسائل: مجاور المسجد إذا ضاق يجبر من جاوره على البيع، والماء للخائف من العطش فإن تعذر الثمن، أجبر بغير ثمن؛ ومن انهارت بئر جاره وعليها زرعٌ بغير ثمن، وقيل بالثمن؛ والمحتكر يجبر على بيع طعامه، وجار الطريق إذا أفسدها السيل يؤخذ مكانها بالقيمة من جار الساقية، وصاحب القران في قرن الجبل إذا احتاج الناس إليه ليخلصهم، وصاحب الفرس أو الجارية يطلبها السلطان، فإن لم يدفعها له، جبر الناس، فإنه يجبر هو دفعاً لأعظم الضررين.

فرع :

في الجواهر قال عبد الملك يجوز للناظر الكراء للسنة والشهر وما يرى من النظر مما يجوز مثله للوكيل، وأما ما يطول فلا، لأنه إنما يلي مدة حياته؛ ويمتنع الكراء بالنقد، لأنه قد يضيع لذلك؛ ولأنه لا يقسم الكراء حتى يكمل السكنى، وقد يموت من أخذ قبل الاستحقاق ويحرم من جاء قبل الوجوب ممن يولد قبل¹ القسم، وله كراء مثل الخمس سنين، وقد اكرى مالك منزله عشر سنين وهو صدقة وانكر المغيرة وغيره عشر سنين.

فرع :

قال من أراد الزيادة في وقف غيره أو ينقص منه، منعه الواقف أو ورثته أو الامام إن لم يمنع الواقف ولا الوارث، لانه حق لله وللواقف؛ فإذا ترك حقه، قام

(1) في ي : بعد.

الإمام بحق الله تعالى؛ ولو خرب فأراد غير الواقف إعادته، للواقف منعه ولوارثه، لأنه تصرف في ملكهم.

فرع :

قال ابن يونس إذا وقف الحيوان وأمضيته على شرطه، له تغيير الوقف إلى ما هو أفضل للعبد، ولو نقل الحيوان إلى ما ليس أفضل امتنع، لأننا جوزنا النقل¹، مع كونه على خلاف وضع الوقف، لأجل ضعف الوقف فيه والمصلحة للأرجح².

فرع :

قال قال³ مالك لو حبس عبدان على أمه حياتها⁴، فلما حصرت الوفاة أعتق أحدهما امتنع إلا أن تجيزه أمه، لأن النقل إلى الأفضل جائز ولم يبق إلا حقها فيسقط⁵ بالرضى.

فرع :

قال اللخمي إن كان المراد من الحبس غلاته كالثمار وعبيد الإجارة والخوانيت سوقيت الثمار أو يواجر عليها، فما اجتمع قسم؛ أو المراد غير الغلة كالدار للسكن والعبد للخدمة، والخيول للركوب، انتفع بأعيانها في ذلك؛ فإن كانت على معينين ولم تسع لجميعهم وهم مثلاً ولا العشرة استنوا فيه الفقير والغني الآباء والأبناء، فإن لم تحمل الدار الجميع، أكرت وقسمت الغلة، واقترعوا على السكن ودفع للآخر نصيبه من الكراء؛ فإن كان على العقب أيضاً،

(1) عبارة: (الحيوان إلى ما ليس ... جوزنا النقل) ساقطة في د .

(2) وللمصلحة الأرجح في د .

(3) كلمة (قال) - الثانية: ساقطة في ي .

(4) في ي : حياتهما.

(5) في د : يسقط.

قال مالك يؤثر الفقير على الغني، لأن مقصد الأوقاف¹ سد الخللات² والآباء على³ الأبناء، سواء قال ولدي أو ولد ولدي؛ وقال عبد الملك لا يفضل إلا بشرط المحبس، لأنه كان يعلم أن منهم الفقير والغني ولم يتعرض لذلك فهو لغو، وهوقاصد للمستوية فسوى؛ وعن مالك يستوي الآباء والأبناء غير أنه يفضل ذو العيال بقدر عياله ويسووا⁴ الذكر والأنثى. قال أشهب إن قال ولدي وولد ولدي لم يقدم أحد لاستوائهم في الذكر، وإلا قدم الآباء لاستحقاقهم إذا استوت الحاجة؛ قال والمساواة مطلقاً أحسن، إلا أن تكون عادة؛ وإذا سكن الجميع ثم استغنى الفقير أو مات بعض العيال أو كثر عيال الآخر، أو كبر الصغير فاحتاج إلى مسكن، أو غاب أحدهم افترق الجواب؛ قال مالك لا يخرج بالغنى، وقال ابن القاسم يخرج ويرجع لعصبة المحبس من الرجال؛ فإن افتقر بعض المحبس عليهم، انتزع ورد إليهم؛ قال وهذا الصواب إذا كان الحكم أنه للفقير إلا أن تكون العادة أنه متى سكن أحدهم، لم يخرج وإن استغنى؛ وإن مات بعض العيال وفضل مسكن انتزع⁵، وإن كثر عيال أحدهم أو بلغ وتأهل لم يخرج له أحد ولم يستأنف القسم؛ وإنما استوى الآباء والأبناء في ابتداء القسم لعدم الاستحقاق بالسبق، وههنا تقدم سبق؛ وإن⁶ كان أحدهم في ابتداء السكنى قريب الغيبة وقف نصيبه واكري له، أو بعيد الغيبة لم يكن له شيء ولا يستأنف القسم إذا قدم؛ ومن غاب بعد القسم على وجه العود فهو على حقه في مسكنه ويكرهه إن أحب أو لينقطع سقط حقه، إلا أن يكون ذلك المسكن فاضلاً عن جميعهم، فيكون على حكم الغلة يقسم كراؤه وله نصيبه من

(1) في ي : الإيقاف.

(2) في ي : الخلّة.

(3) في ي : عن.

(4) في ي : ويسوى.

(5) كلمة (انتزع) ساقطة في د .

(6) في ي : فإن.

الكراء؛ وأما الثمار وغلة الحوانيت¹ فحق الحاضر والمسافر والقريب والبعيد والمتنقل سواء، لأنه ليست مستمرة ويقصد في أوقات مخصوصة فلم تقدح فيها الغيبة؛ وإن² كان حين الحبس انتقل إلى موضع بعيد لم يبعث له شيء، لأن الحبس لم يقصده في مجرى العادة، إلا أن يقدم فيستأنف له القسم؛ وعند الإجارة أجرته كالثمار وعبد الخدمة كدار السكن ويفارق الدار إذا ضاقت عن جميعهم بأن يوسع في الأيام، فإن كانوا ثلاثين فلكل واحد يوم من ثلاثين؛ قال ابن يونس قال ابن القاسم لا يعتبر في الغلة والسكنى كثرة العدد بل أهل الحاجة، وفي السكنى كثرة العائلة؛ لأنهم يحتاجون إلى³ سعة المسكن، والحاجة الغائب أولى من الغني الحاضر بالاجتهاد، لأن مربي الاوقاف لسد الخلات، ولا يخرج أحد لمن هو أحوج منه، ولا الغني للفقير القادم، لأن الحوز نوع من التملك؛ ويستوي في الغلة المنتجع والمقيم، وإنما سقط السكنى إذا لم يكن فيها فضل؛ قال ابن القاسم ذلك إذا قال على ولدي أو ولد فلان؛ فاما على قوم معينين مسمين ليس على التعقيب، فحق المنتجع في السكنى وقسم الغلة على أهل الحاجة والعيال، فإن استوت الحاجة أو العيال، فعلى العدد الذكر والأنثى سواء.

فرع :

قال الأبهري إذا رجع الوقف لأقرب الناس بالواقف، كان أقربهم مواليه فهو لهم؛ لأن الولاء لحمه كلحمه النسب.

فرع :

قال قال مالك إذا حبس على معينين فلا يجوز لهم بيعه إلا من الحبس أو ورثته لأن مرجعه⁴ إليه، فهو لم يشتري منهم شيئاً، وإنما دفع لهم شيئاً من ماله

(1) في ي : والغلة للحوانيت.

(2) في ي : فإن.

(3) كلمة (إلى) ساقطة في د .

(4) في ي : مرجعهم.

بخلاف الأجنبي.

فرع :

قال قال مالك من أسكن قوماً حياتهم يمتنع أن يعطي أحدهم الآخر شيئاً ويخرج له، لأنها إجارة مجهولة.

فرع :

قال قال مالك إذا حبس نخلاً فأردمها الرمل إلى كراسعها ليس له بيع مائها، لأنه حبس معها وجميع منافعها¹.

فرع :

قال قال مالك إذا حبس شيئاً في وجهه، لا ينتفع به الواقف في ذلك الوجه، لأنه رجوع في الموقوف وإن كان فيما جعل فيه، إلا أن ينوي ذلك حين الحبس، وقد تقدمت الآثار عن عمر وعثمان رضي الله عنهما بذلك.

فرع :

قال قال مالك إذا أخدم عبده رجلاً سنين ثم هو حر، فوضع عنه الرجل العمل عتق؛ وإن مات قبل ذلك، ورثه الواهب أو ورثته؛ وإن قتل فقيمته له، لأنها بدل الرقبة وهي له؛ وإن جرح العبد رجلاً فأعطي المخدم العقل، بقي على خدمته؛ وإلا خير السيد بين العقل والتسليم على قاعدة جناية العبيد.

فرع :

قال قال مالك ولد المخدم من أمته بمنزلته يخدم، لأن ولد المكاتب والمدير كذلك، والأمة يتبعها ولدها.

(1) هذا الفرع ساقط برمته في ي .

فرع :

قال قال مالك إذا أخدم نصف عبده، ثم نصفه الباقي عتق وأخذت قيمة العبد فاستوَجِر للمخدوم من يخدمه، فإن فضل شيء رجع للسيد.

فرع :

قال قال مالك إذا حبس على ولده حتى يستغني، فلاستغناء أن يلي نفسه وماله بالبلوغ أو ما يقوم مقامه من حدا لاحتلام ويكون رشيداً.

فرع :

قال قال مالك إذا كان الحبس على معينين بصفاتهم وأشخاصهم، فمن ولد بعد الإبار أخذ حقه عند القسم، ومن مات من الأعيان بعد الثمرة كبقائها للبائع في البيع، فإن كانت على موصوفين نحو العلماء والفقراء، فإنما يستحقون بالقسم؛ ومن مات قبل القسم، فلا حق له كمال الزكاة.

فرع :

قال قال مالك من حبس حائطه على المساكين، اجتهد الإمام في قسم ثمرتها وثمرتها.

فرع :

قال بعض العلماء إذا أخل الإمام بصلاة في المسجد، هل ينقص بعددها كمن استوَجِر على خمسة أثواب فخاط أربعة، قال والحق لا، لأن القاعدة اتباع المعاني في العقود والمعاوضات، واتباع الألفاظ في الشروط والوصايا، والوقف من باب الاصداق والارفاق، لا من باب المعاوضات؛ ويقال شرط الواقف كذا، ولا يقال عقد الواقف كذا والشرط لا فرق فيه بين عدم جزئه أو كله، فإن المشروط ينتفي ولو حصل أكثر الشرط؛ كما لو قال لامرأته إن أعطيتني عشرة فأنت طالق، فأعطته تسعة، فلا يستحق المخل ببعض الشرط شيئاً من المرتب

ألبته، وكذلك إذا شرط الواقف أو شهد العرف أن من اشتغل في المدرسة شهراً
فله دينار، فاشتغل أقل من ذلك ولو بيوم فلا شيء له.

فرع :

قال إذا شرط في مدرسة أن لا يشتغل المعيد بها أكثر من عشر سنين
ففرغت سنوه ولم¹ يوجد في البلد معيد غيره، جاز له تناول الجامكية، لأن
العرف يشهد بأن الواقف لم يرد شغور مدرسته، وإنما أراد أن هذا المعيد إذا
انتفع جاء غيره، وهذا ينظر في كل² شرط شهد العرف بتخصيصه.

فرع :

قال إذا وقف الملوك وفقاً على جهة وهم متمكنون من تملكها لتلك الجهة
شراً، جاز كالربط والمدارس؛ وإن لم يكونوا متمكنين كأئنفاقهم على دراريهم لم
يصح، لأن من تعذر تملكه تعذر انفاقه بطريق الأولى؛ فإن وقفوا على مدرسة
أكثر مما يحتاج بطل فيما زاد فقط، لأنهم معزولون عن التصرف الاعلى وجه
المصلحة، والزائد لا مصلحة فيه، فهو من غير متول فلا ينفذ؛ وإن وقفوا أموال
الزكاة على جهاتها لم يجز، لما فيه من التحجير على الفقراء، فإن غضبوا أموالاً
يوقفوها على المصالح العامة أو الخاصة، فإن وقفوا عين المغصوب أو اشتروا به
معاطاة لم يصح الوقف، وإن كان³ على الذمة لم يضمن من انتفع بذلك العين
المشترأة، بخلاف الأول؛ وهل يغرم السلطان لأنه افسد، أو لا يغرم لأنه ما
انتفع به في نفسه فيه نظري؛ وهذا الفرع يخالف قواعدنا في بيع المعاطاة، فإنه
عندنا متى كان بالدنانير أو الدراهم فإنها لا تتعين وهو كالعقد على الذمة سواء؛
وكذلك إذا لم ينتفع السلطان، ضمن لأنه غاصب يضمن وإن لم ينتفع.

(1) في ي : فلم.

(2) جملة (ينظر في كل) ساقطة في د .

(3) في ي : كانوا.

فرع :

قال إذا آجر الناظر الوقف ثلاثين سنة وقبض الأجرة فهل يقسمها، ذلك يختلف باختلاف الأوقاف والموقوف عليه إن كان الوقف لقوم ومن بعدهم لغيرهم قسّطت الأجرة على السنين وأعطى كل واحد ما يعيشه من السنين كما يفعل في سائر التعميرات، فيحصل للشاب أكثر من الشيخ، لأن كل واحد إنما يستحق حياته؛ فلو قسمنا الكل عليهم سواء، لآخذ ما لا يستحق؛ ولا يمسكه الناظر عنده خشية الضياع مع إمكان توصيلهم بحقهم؛ وإن كان الوقف مدرسة ونحوها قسمت الإجرة على الشهور في الثلاثين سنة، ويفرق في كل شهر حصة ذلك الشهر بحسب الجامكيات؛ ولا يجوز تسليف واحد من هؤلاء جامكية شهرين، لأن شرط الواقف غير معلوم الحصول منهم في المستقبل، وهؤلاء يستحق بمجرد حياته بخلاف الأول؛ وهذه الفروع غريبة حسنة ولم أر فيها ما ينافي قواعدها إلا ما نبهت عليه وهي عزيزة النقل فآثرت نقلها وإن لم تكن من فتاوي أصحابنا.

فرع :

قال صاحب المتقى إذا حبس أرضاً لدفن الموتى فضاقت بأهلها وبجنبها مسجد يجوز الدفن فيه قاله عبدالملك، وقال ابن القاسم في مقبرة عفت يجوز بناء مسجد فيها، وكل ما كان لله استعين ببعضه على بعض، لأن الكل حق لله؛ ويمتنع ذلك في حقوق العباد، لأن جهاتهم متعددة، فهو نقل الحبس من ملك إلى ملك وهو ممتنع¹.

فرع :

قال قال التونسي لاتباع بعض الوقف، ومن أصحابنا من يرى بيعه ولست أقول به².

(1) انظر المتقى 130/6.

(2) المصدر السابق 301/6.

فرع :

قال إذا كان الحبس مشاعاً وطلب بعض الشركاء القسمة أو البيع، قال عبد الملك إن كان ينقسم قسم فما كان الحبس كان حبساً، وما كان لا ينقسم بيع؛ فما وقع للحبس اشترى بثمنه¹ مثل ذلك ويكون حبساً²؛ لأن الحبس لما حبس ما لا ينقسم لم يكن له إبطال حق شريكه في البيع³ ووافق أحمد في قسمة الوقف من الطلاق بناء على أن القسمة ليست بيعاً بل اقرار حق.

تنبيه: الوقف ينقسم إلى منقطع الأول⁴، وإلى منقطع الآخر، وإلى منقطع الطرفين، وإلى منقطع الوسط والطرفين، فهذه خمسة أقسام؛ فالأول كالوقف على من لا يصح الوقف عليه كالوقف على نفسه أو معصية أو ميت لا يتتبع. والثاني على أولاده ثم على معصية، والثالث على نفسه ثم على أولاده، ثم على ميت؛ والرابع على أولاده ثم على معصية كالكنيسة أو غيرها، ثم على الفقراء؛ والخامس على نفسه، ثم على أولاده، ثم على المحاريين في جهة معينة، ثم على مدرسة معينة، ثم على الكنيسة؛ والظاهر من مذهبن أن الوقف يبطل فيما لا يجوز الوقف عليه أو يتعذر، ويصح فيما يصح إذا أمكن الوصول إليه ولا يضر الانقطاع، لأن الوقف نوع من التملك في المنافع أو الأعيان، فجاز أن يعم أو يخص كالعواري والهبات والوصايا. وقال (ش) يمتنع منقطع الابتداء أو الانتهاء، ومنقطع الابتداء فقط، لأن أوقاف الصحابة رضوان الله عليهم لم يكن فيها انقطاع، فما فيه انقطاع يكون على خلاف سنة الوقف فيبطل؛ ولأن مقتضى الصيغة الدوام، فحيث⁵ لا دوام يكون باطلاً لمخالفة مقتضى لفظ العقد، كما لو باع وحجر فإنه يبطل، لكونه خلاف مقتضى العقد. والجواب

(1) في ي : به.

(2) في ي : محباً.

(3) انظر المتقى 131/6.

(4) في ي : الأول أقسام.

(5) في ي : وحيث.

عن الأول: أن فعلهم رضي الله عنهم لا ينافي صورة النزاع، بل يدل على جواز أصل الوقف، وأن المتصل جائز، كما أنهم لمّا وقفوا على جهات مخصوصة من البر لم يمتنع الوقف على غيرها، لكونهم لم يقفوا عليها. وعن الثاني ان مقتضى التحبّيس والوقف، الدوام وهو اعم من الدوام على شخص معين أو على أشخاص أو سنة أو الدهر؛ ولذلك يقال دام بدوام دولة بني أمية ومدة حياة فلان، ولا ينافي ذلك اللفظ؛ وقال (ح) يمتنع منقطع الانتهاء، وقال أحمد يمتنع منقطع الانتهاء ومنقطع الوسط؛ وعند (ش) من منقطع الابتداء الوقف على رجل ولم يعينه أو على ولده ولم يولد له.

فرع :

قال الأبهري إذا حبس سبعة منازل على سبعة أولاد وأولادهم من بعدهم، فتوفي أحدهم وأخذ ولده منزله فكان يكرمه ولا يسكنه، ثم سافر سفر انقطاع أكرى وقسم بينهم، ويخص أهل الحاجة منهم، لأن الحبس إنما قصد سكنى ولده في بلده؛ فإذا خرج لم يكن له شيء ويكرى ما فضل عن سكنائه، وإن لم يكن منقطعاً تنتظر.

فرع :

في الكتاب لا يخرج من الحبس أحد لإحد للاستواء في السبب، ومن لم يجد مسكناً فلا كراء له؛ ومن غاب غيبة انتقال، أو مات استحق الحاضر مكانه، لأن المنفعة أرصدت لمن تيسر انتفاعه؛ ومن سافر لا يريد مقاماً، فهو على حقه إذا رجع¹.

قاعدة: من ملك المنفعة له المعاوضة عليها وأخذ عوضها، ومن ملك أن ينتفع ليس له المعاوضة كسكنى المدارس والربط والجلوس في المساجد والطرق؛ ليس لأحد أن يؤجر مكانه في المسجد أو المدرسة أو الطريق، لأنه لم يملك

(1) المدونة م: 6-ج 106/15.

المنفعة بل يملك¹ أن يتنفع بنفسه فقط، فلهذه القاعدة لم يجعل له كراء إذا لم يجد مسكناً، لأنه لم يوقف للغلة وإنما وقف للانتفاع بالأنفس بالسكنى كالمسجد يتنفع به في الصلاة.

فرع :

قال اللخمي غلة الحبس ستة أقسام: ما نفقته من غلته كان على معين أو مجهول كديار الغلة والحوانيت والفنادق، فإن كانت للسكنى، خير الحبس عليه بين الإصلاح والخروج حتى بكرى بما يصلح به حفظاً لأصل الوقف ثم يعود، وما نفقته من غلته إن كان على مجهول. وعلى الحبس عليه إن كان معيناً كالبساتين والإبل والبقر والغنم؛ وما نفقته من غير غلته كان على معين أو مجهول كالخيل لا تؤاجر في النفقة، فإن كانت في السبيل فمن ثلث المال؛ وإن لم تكن، بيعت واشترى بالثمن عيناً من النفقة كالسلاح والدروع؛ وإن كانت حبساً على معين، أنفق عليها؛ فإن لم يقبلها على ذلك، فلا شيء له؛ وما نفقته تارة من غلته وتارة من غيرها على مجهول أو معين وهو العبيد، فإن حبسوا في السبيل ولهم صيغة للسبيل فكالخيل؛ وإن كان المراد منهم الغلة، فمن غلتهم كانوا في السبيل أو على الفقراء على مجهول² أو معين؛ واختلف في المخدم هل ينفق صاحبه عليه، لأنه مالك الرقبة أو المخدم وهو اصوب لأنه منقطع إليه؛ فلو كان يخلافه نهراً ويأوي لسيدته ليلاً فعلى سيده كالمستأجر؛ قال ولو قيل في النهار على المخدم وعند الايواء على السيد كان وجهاً، وكذلك العبد المحبس على معين للخدمة نفقته عليه، وما هو مختلف فيه؛ أن يضرب الحبس أجلاً يخدم فيه العبد ويتنفع فيه بالفرس، فيختلف هل النفقة على المعطي أو على المعطى، لأنه الرقبة ههنا على ملك الحبس؛ ولذلك ينبغي الجواب إذا لم يضرب أجلاً على القول إنه يعود بعد موت الحبس عليه ملكاً لصاحبه، فهو كالمخدم؛ وما لا نفقة

(1) في ي : ملك.

(2) كلمة (مجهول) ساقطة في د .

له على أحد إن وجد من مصلحة وإلا ترك كالمساجد والقناطر نفقتها من بيت المال، فإن تعذر ولم يتطوع أحد بذلك، تركت حتى تملك؛ وقال (ش) نفقة الوقف من ريعه مقدمة، فإن لم يكن ريع فمن بيت المال، لأن الملك انتقل لله تعالى؛ وقال أحمد نفقته من حيث شرط الواقف، فإن لم تكن له غلة، فمن الموقوف عليه، لانتقال الملك إليه وقاله (ح).

فرع :

قال إذا حبس الفرس أو العبد على معين فلم يقبله، قال مطرف يرجع ميراثاً، وقال مالك يعطى لغيره توفية بالحبس؛ قال وأنا أرى إن أعطاه ليركبه لا ليغزو عليه، رجع ميراثاً لعدم القبول؛ أو ليغزو عليه فهو موضع الخلاف لتضمنه منفعة الحبس عليه والقربة، فملاحظتها توجب الخلاف كمن أوصى بالحبس عنه لفلان بكذا أو الموصي ليس صرورة، قال ابن القاسم المال ميراثاً إذا امتنع، وقيل يدفع لغيره يحج به عنه ملاحظة للقربة.

فرع :

في الكتاب حبس¹ على ولده وأعقابهم ولا عقب لهم يومئذ، وأنفذه في صحته وهلك هو وولده وبقي ولد ولده² وبنوهم، فهو بينهم في الحال والمؤونة سواء، إلا أن الأولاد ما لم يبلغوا أو ينكحوا أو تكون لهم مؤونة لا يقسم لهم، بل يعطى الأب بقدر ما يمون، لأنه المحتاج إليه؛ فإذا بلغوا وعظمت مؤونتهم، فهم³ بقسم واحد مع آبائهم.

فرع :

قال إذا بنى بعض أهل الحبس فيه أو أدخل خشبة أو أصلح، ثم مات ولم

(1) كلمة (حبس) ساقطة في د .

(2) في ي : ولده الصغير.

(3) في ي : فهو.

يذكر لما أدخل ذلك، فلا شيء لورثته فيه، لأن الظاهر في الخلط بالموقف الوقف، قال ابن القاسم، إن قال هو لورثتي فهو لهم وإلا فلا وإن كثراً؛ وقال المغيرة لا تكون وقفاً إلا ما لا بال له كالمليازيب والقبو، وما له بمال فلورثته؛ لأن الأصل عصمة، المال عن الخروج، واليسير الظاهر الإعراض عنه¹. قال ابن يونس في كتاب محمد ليس لورثته في اليسير شيء أوصى أم لا، قال ابن كنانة من سكن مسكناً فبنى فيه، ثم مات وصار سكنها لغير ورثته، فليس للباني قيمة بناء ولا عمارة؛ وقال مالك إذا عمر بعض أهل الوقف في غير حيزه الذي بيده هو كالأجنبي حقه فيه، قال مالك إذا حبس داراً أو أرضاً حياته فبنى فيها بيتاً أو غرس نخلاً ومات، فإن صارت الدار لورثة الباني فذلك لهم²، وإلا فقلعوا البناء والنخل إلا أن يعطوا قيمة ذلك مقلوعاً؛ قال اللخمي قال ابن القاسم إذا بنى الموقوف عليه ما يرى أنه أراد به الحبس فلا حق له أوصى به أم لا وما يرى أنه لم يرد به الوقف فلورثته. قال التونسي لعل ابن القاسم تكلم على عادة عندهم، وإلا فالأصل عصمة الأموال؛ وفي المجموعة إذا حبست داراً أو قاعة على قبيل فبنى فيها رجل من القبيل حوانيت وبيوتاً للغلة يقاص بعين ما بنى بما نقص من الخراج فيما أنفق، فإذا استوفى فالكرء بعد ذلك لجميع أهل الحبس؛ فإن أراد غيره الدخول معه فيما بنى للغلة غرم نصف ما بقي له من حقه ودخل، فيكون نصفه في يديه يقاص نفسه من غلته بما غرم حتى يستوفي؛ ثم تكون الغلة بين الجميع كان للقاعة قبل ذلك غلة أم لا. قال التونسي ينبغي أن يكون ما قابل القاعة من الكراء للجميع، لأن بناءه لا يسقط حقوقهم من الحبس وكراء القاعة إذا كان لها كراء قبل البناء والزائد على كراء القاعة يقاص به نفسه، ولم يجعل جميع غلة البناء له؛ ولعل هذه سنة جرت في الأحباس إذا بنى فيها أحد ليعتدل أنه يقاصص نفسه بما أنفق ويكون الذي بناه حبساً؛ وأما

(1) المدونة: م 6-ج 107/15-108.

(2) كلمة (لهم) ساقطة في د.

إن بنى المسكن¹ فهو أولي بما بنى مما يكفيه للسكنى².

فرع :

في الكتاب حبس حائطه على رجل حياته وكان يغتله فمات وفيه ثمر، فلورثته إن طاب، وإلا فلرب الحائط تبع للأصل كالبيع؛ ولو كانوا جماعة يلونه ويسقونه، فنصيبه لورثته؛ فلو أبرت ولم تطب فلبقية أصحابه، لأن أكثر الكلف بقيت عليهم وإن لم يلوا العمل، بل يقسم عليهم الغلة، فنصيبه لرب النخل؛ ثم رجع مالك فقال يرد ذلك على من بقي توفية بالوقف، وغلة الدار والعبد كالثمرة؛ وأما دار يسكنونها وعبد يخدمهم فنصيب الميت لباقيهم، لأن سكنهم وخدمتهم شيء واحد؛ وإن مات أحدهم والثمرة أبرت، فحقه ثابت قاله غير واحد من الرواة وقاله المغيرة فيما ينقسم وفيما لا ينقسم³؛ لأن التأثير يمنع الثمرة من التبعية ويوجب لها تحقّقاً في نفسها كما في البيع. قال صاحب النكت إذا مات أحدهم قبل طيب الثمرة وقد أنفق، فلورثته الرجوع بها؛ فإن⁴ طابت الثمرة ورجعوا بالأقل من نفقة الميت أو ما ينوبه من الثمرة بعد محاسبته بنفقتهم، وكذلك لو حبس عليه خاصة؛ ولو أجيحت، لم يكن لورثته شيء، وقيل يقوم أصحابه؛ لأن النفقة كالاستحقاق، والأول الصحيح؛ ولو مات بعد الطيب، فلورثته اتفاقاً كانوا يبيعون الثمرة يلونها أم لا، إنما الخلاف إذا مات قبل الطيب؛ ولو حبس عليهم مكيّلة معلومة فمات أحدهم قبل الطيب، رجع للمحبس نصيبه اتفاقاً؛ إنما القولان إذا كانت جملة الثمرة لهم؛ قال ابن يونس قال محمد لو⁵ ولد لأحدهم ولد بعد الإبار أو قبله فله حقه من الثمرة، أو بعد طيبها فلا شيء له في ثمرة العام، بل في المستقبل كالمشتري في البيع؛ ولو

(1) في د : السكن.

(2) في د : السكن.

(3) المدونة: م 6-ج 110/15-111.

(4) في ي : وإن.

(5) في ي : ولو.

حبست حياة صاحبها فمات صاحبها بعد الطيب فهي لهم، فإن أبزت ولم تطب فلورثته؛ قال اللخمي إذا كانت الدار للغلة والعبد للخراج فنصيب الميت على القولين هل يرجع إلى أصحابه، أو المحبس؟ وعن مالك في عبد الخدمة ودابة الركوب أن نصيبه لا يكون لأصحابه وهو أقيس لعدم الفرق بين ما يراد للغلة أو السكنى¹، لأن كل واحد إنما عمل له جزء معلوم لا يزداد عليه؛ فإن كانوا خمسة فقد جعل لكل واحد الخمس والمحبس أولى في استصحاب ملكه، إلا أن تكون عادة؛ وإن جعل لكل واحد سكنى بعينه، أو خدمة العبد لفلان يوماً بعينه، ولفلان يومين؛ وفي الثمار لفلان وسق ولفلان ثلاثة، لم يرجع نصيبه إلى أصحابه بل للمحبس، لأن قرينة التحويل تصيره أحباساً متباينة؛ فلو أخرج الحائط أكثر من تلك التسمية، فالفاضل للمحبس، أو أقل تحاصوا؛ وإن مات أحدهم ولم يوف الحائط، حوصص بنصيب الميت ولا يرجع إليهم؛ قال مالك إن سمي لأحدهم دون غيره، بدى بمن سمي له، لأن التسمية دليل العناية²؛ إلا أن يعمل فيه فهو أولى بإجازته؛ قال وأرى إن سمي لأحدهم مكيلة وللآخر جزءاً نحو لزيد وسق ولعمرو ربع الثمرة، ولخالد سدسها، ولبكر نصف سدسها؛ فجميع الأجزاء النصف، فجاء نصفها عشرة أوسق أخذ كل واحد تسميته، أو ثلاثين أخذ أرباب الأجزاء نصف الثمرة، والأجزاء عشرة أو سق؛ والباقي للمحبس أو لمن كان المرجع إليه؛ فإن جاءت أقل من عشرين، هل يتحاصون أو يسلم النصف للموصى له ويكون التقص على أرباب الأوسق وهو أحسن؛ فإن قال من مات فنصيبه في وجه كذا فكما قال، ولا ينظر موت أحدهم؛ وإن قال إن انقضوا رجع في وجه كذا، فمات أحدهم والمحبس هو الذي يلي السقي والعلاج، هل نصيبه لأصحابه³ أو للمحبس حتى يموت آخرهم فيكون فيما ذكر مرجعاً، أو يجعل من الآن في ذلك، وإلى المحبس

(1) في د : السكن.

(2) في ي : المقاسمة.

(3) في ي : لأصحابها.

أحسن؛ لأنه اشترط¹ انقراض الجميع في المرجع.
فرع :

في الكتاب ما يلي من الثياب حتى لا يتتفع به، أو ضعف من الدواب بيع واشترى بثمرن الدواب فرس أو يرذون أو هجين، فإن لم يبلغ أعين به في فرس، وكذلك الفرس يكلب أو يخبث يباع ويشتري به فرس؛ قال ابن القاسم؛ وأما الثياب فيشتري بها ثياب يتتفع بها، فإن لم تبلغ فيتصدق به في السبيل² وروى غير³ ابن القاسم لا يباع ما حبس من عبد أو ثوب كما لا تباع الرباع، قال صاحب التنبيهات: خبث بياء واحدة من تحتها وآخرها ثاء مثلثة، ومعناه فسد وبطل. وروى خبث بالباء المكسورة وآخرها باء بواحدة ومعناه هلك. وليس المراد الهلاك بالكلية، وإلا تعذر بيعه، وإنما بطل ما يراد منه في الجهاد؛ والوجه الذي حبس له؛ وكلب بكسر اللام أصابه داء الكلب وهو السعري؛ واختلف في تفرقه بين الثياب والخيل: فقيل ليس بخلاف بل بحسب السؤال، فقال ذلك في الخيل لأنها بقيت فيها منقعة الحمل وغير ذلك، وقيل بل المقصود في الخيل المنفعة للغزو لا للغزاة، فجعلت أثمانها في مثلها، والثياب المنفعة بها للإنس، فإذا بليت أعطيت أثمانها لهم عوضاً عما كان لهم؛ قال صاحب النكت قيل لا فرق بين الثوب والفرس يخلق فإذا لم يجد ثياباً يشتري بها اشترك بها في ثوب كما في الفرس. فإن تعذر ذلك فيهما، تصدق بالثمرن؛ وإنما فرق بينهما في الكتاب لافتراق السؤال، فتكلم في الثوب إذا تعذرت الشركة، وفي الفرس إذا وجد؛ والفرق بين الدار إذا خربت لإتباع، وبين غيرها والعروة يتوقع عمارتها بأجرتها سنين، بخلاف الفرس والثوب؛ قال اللخمي إذا انقطعت منفعة الحبس وعاد بقاؤه ضرراً باعه، وإن رجي عود منفعة امتنع؛ فإن لم يكن ضرراً ولا رجاء، أجاز ابن القاسم بيعه لعدم المنفعة، ومنع غيره لعدم الضرر؛ قال أشهب

(1) في ي : يشترط.

(2) المدونة: م 6- ج 15/99-100.

(3) في د : عن.

إذا فضل عن عيش الرقيق الحبس في السبيل فضل، فرق على فقراء ذلك الثغر؛ فإن فضل عنهم، ففي أقرب الثغور؛ فإن انقطعت عليهم وخيف هلاكهم، يبعوا وقسمت أثمانهم في السبيل، أو اشترى بأثمانهم سلاح السبيل، ولا يباعوا ما دام كسبهم يقوم بهم؛ قال وقوله ضرراً إذا كان النقص للكساد في صنعتهم ويرجى عود منفعتهم، وإن كان لأنهم أسنوا ولا يرجى منفعتهم، يبعوا على قول مالك؛ وأما الفرس يكلب إن كان يعلف من بيت المال يبع لأنه ضرر، أو يرعى ففي بيعه القولان؛ ولذلك تباع الدار إذا بعدت عن العمران ولم يرج صلاحها على القولين، وينبغي المنع سراً لذريعة بيع الوقف؛ وأما ما في المدينة فقد يعمره أحد احتساباً لله، قال ومن قطع النخل أو قتل العبد أو الفرس غرم القيمة؛ فإن كان في السبيل وعلى الفقراء جعلت تلك القيمة في بناء تلك الدار، وكذلك النخل والفرس؛ وعلى قول أشهب يصرف فيما يرى أنه أفضل، فإن كان الحبس على معين سقط حقه على ما في الكتاب وعاد لحقه في تلك القيمة عند محمد.

فرع :

في الكتاب إذا مات العبد أخلف بماله مكانه، لأنه ملكه كقيمته إذا قتل أو ثمنه إذا بيع؛ وإن حبسه على رجل حياة العبد رجع ماله لسيده، لأنه إنما خرج عن ملكه منافعه.

فرع :

في الكتاب حبس داره على فلان وعقبه أو على ولده، أو قال على ولدي ولم يجعل لها مرجعاً، فهي وقف لاتباع ولا تورث، وترجع بعد انقراضهم حبساً على أولى الناس بالوقف يوم المرجع وإن كان حياً؛ وإن قال هي صدقة على فلان وولده ما عاشوا ولم يذكر مرجعاً فانقضوا رجعت موقفاً على فقراء أقرب الواقف لقرينة الصدقة؛ قال غير ابن القاسم كل حبس أو صدقة أو حبس على مجهول من يأتي نحو على ولدي ولم يسمهم، فإنه مجهول فذلك كله حبس¹.

(1) أنظر المدونة: ج 6-101/15.

قال صاحب التنبيهات: فيها أربعة أقسام، لأن الحبس عليه إما معين أو لا، والمعين إما محصور أو لا¹، ولكل قسم حكم؛ فمتى عين شخصاً فقال على فلان وأولاد فلان وعينهم فهل يكون مؤبداً؟ فإن مات رجع حبساً على أقرب الناس بالحبس؛ فإن لم يكن له قرابة فالفقراء نظراً للفظ الحبس، أو يرجع ملكاً للواقف ولورثته كالعمري قولان للمالك؛ وإن حبس على معينين محصورين فقولان للمالك كما تقدم؛ والمعينين غير المحصورين نخوفي السبيل أو وقود مسجد كذا² أو إصلاح قنطرة كذا، فهو كالحبس المبهم المتقدم ويوقف على التأييد؛ فإن تعذر ذلك الوجه ولا يطمع في بنائه، صرف في مثله؛ وفي محصورين غير معينين يتوقع انقراضهم نحو بني زيد أو عقبه، أو فرس حبس على من يغزو في هذه الطائفة أو طلب العلم بمدينة كذا، فكالحبس المطلق يتأبد ويرجع بعد انقراض الوجه مرجع الأحباس على مذهبه في المدونة، وقال ابن الجلاب يعود ملكاً؛ واختلف هل بنى زيد مثل ولد زيد فيمن وجد ومن لم يوجد يتأبد أم لا؟ وأما غير المعينين وغير المحصورين نحو بني تميم أو المجاهدين أو إصلاح المساجد، أو طلب العلم فيتكابد³ كالمطلق؛ وإن حبس على معدوم بعد وجود غير محصورين نحو على أولادي وبعدهم للمساكين ولم يترك ولداً أو ايس من الولد، فعند ابن القاسم يرجع ملكاً، وعند عبد الملك يرجع حبساً للمساكين؛ وإن جعل مكان الحبس الوقف، فحكى البغداديون أنه ينفذ حبساً - كان على معينين أو مجهولين أو محصورين أو غير محصورين، وأنه لا يختلف فيه؛ وقال غيرهم اللفظان سواء في الخلاف والاتفاق؛ فأما⁴ إن قال صدقة وعينها لشخص فهي ملك له، أو على مجهولين غير محصورين نحو المساكين قسمت عليهم أو ثمنها أو انفقت فيما يحتاجه ذلك الوجه المجهول ولا يكون حبساً؛ وإن قال في

(1) في ي : قائل.

(2) كلمة (كذا) ساقطة في د .

(3) كلمة (فيتأبد) ساقطة في د .

(4) في ي : وأما.

الصدقة على مجهولين محصورين مما يتوقع انقطاعهم نحو ولد فلان، قال في الكتاب حبس مؤبد، ويرجع بعد انقراضهم مرجع الاحباس سواء قال ما عاشوا أم لا، وعنه يرجع لآخر الحبس عليهم ملكاً؛ وقيل حكمها حكم العمرى؟ وهذا كله إذا أفرد هذه الألفاظ، فمتى قيدها بصفة أو أجل أو شرط اختلف حكمها، فمتى قال حبس أو وقف أو صدقة سنة أو حياتي على معينين أو مجهولين أو معدوم، فهي هبة منفعة وعمرى إلى أجل اتفاقاً وترجع عند انقضاء الأجل لربها أو لورثته؛ وإن قال في المعينين حياته أو ما عاش اختلف حكم الألفاظ؛ فالصدقة عمري، والحبس مثل ذلك لا يتغير حكمه قاله سحنون؛ وقال محمد هو عمري اتفاقاً، وأما المجهول المحصور إن قيده بحياتهم أو ما عاشوا، ففي الكتاب حبس مؤبد، وقال مطرف عمري لأجل التقييد؛ ومتى قال في جميع هذه محرم لا يباع ولا يورث تأبّد اتفاقاً لأجل هذه القرائن التأكيدية.

فرع :

قال ابن يونس أقرب الناس بالحبس الذي يرجع الحبس إليهم بعد انقراض الحبس، قال مالك الأقرب من العصبية ومن النساء من لو كانت رجلاً كانت عصبية للمحبس؛ ولا يدخل ولد البنات ولا بنو الأخوات ولا الزوجات، بل مثل العمات والجندات وبنات الأخ والاخوات الشقائق أو لأب دون الاخوة للأم؛ واختلف في الأم؛ فقال ابن القاسم تدخل، وقال عبد الملك لا تدخل الأم ولا أحد من الإناث إلا من يرثه منهن كالبنيات وبنات الأبناء والأخوات، وأما الأم فلا؛ لأنها ليست من النسل، ولا تدخل العمة ولا بنت العم ولا بنت الاخ؛ وإن كان أختاً وأختاً، فذلك بينهما نصفان، لأنها لو كانت وحدها أخذت الجميع كان في أصل الحبس للذكر مثل حظ الانثيين أم لا؛ فإن اجتمع النساء المعتبرات والعصبية دونهن، قال مالك يدخلون كلهم، إلا أن لا يكون سعة فيبتدأ بإناث ذكور ولده على العصبية الأقرب فالأقرب؛ وكذلك العصبية الرجال

يبدأ الأقرب فالأقرب، ويدخل الموالي إذا لم تكن العصبة أقرب منهم، لأن الولاء لحمية كلحمية النسب؛ وإذا انفرد النساء قسم على قدر الحاجة، قال ولا يعجبني قوله إلا أن يفضل عنهن، وماحصل¹ رجع عليهن، لأن أهل الأحباس إذا استووا في الحاجة والغنى، لم يصرف إلى غيرهم؛ وقال عبد الملك لا يفضل الفقير على الغني إلا بشرط من المحبس، لأن الواقف علم إن الفقير يكون فيهم والغني ولم يتعرض لذلك، وقال محمد ينظر إلى أول حبسه إن أراد به المسكنة جعل مرجعه كذلك وأحرم الغني ملاحظة لغرضه، وإلا أعطى الجميع ورجع أهل الحاجة قاله ما لك؛ وإن كانوا أغنياء، قدم الأقرب فالأقرب؛ وإن اشترط للذكر مثل حظ الأنثيين بطل الشرط، لأنه لم يتصدق عليهم؛ ولأنه لو كان له ذلك اليوم ابنة أو أخت، اختصت بالجميع؛ قال اللخمي عن ابن القاسم إذا لم يترك إلا ابنة، لم يكن لها شيء، وإنما هو للعصبة؛ قال والأصوب² إعطاء الأقرب فالأقرب من النساء إذا كن فقراء من قبل الرجال أو النساء، لأن المرجع ليس فيه شرط.

فرع :

في الكتاب إذا حبس فرساً على رجل وشرط على المحبس عليه حبسه سنة وعلفه فيها، ثم هو يتل³ بعدها؛ وقال أيضاً إن دفعه يغزو عليه ثلاث سنين ينفق عليه فيها ثم هو للمعطي بعد الأجل، امتنع لأنه غرر؛ فقد يهلك الفرس قبل الأجل فيذهب علفه باطلاً، قال ابن القاسم وأنا أرى إن لم يمض الأجل أن يخير الذي حبس الفرس بين ترك الشرط وتبتيه أو أخذه ويرد للرجل ما أنفق؛ وإن مضى الأجل وكان الذي يتل له بعد الأجل بغير قيمة. قال صاحب النكت قال أبو محمد جواب المسألتين واحد والفرس فيهما بعد الأجل ملك،

(1) في د : فضل.

(2) في ي : الأصوب.

(3) في ي : يتلا.

وقيل المسئلان مفترقتان لذكر التخيير في الأول، فهي بعد الأجل حبس على المعطي لا ملك ولم يذكره في الثانية فيكون بعد الأجل ملكاً للمعطي؛ ولو لم يكن الأول حبساً، كيف أسقط ابن القاسم القيمة بعد الأجل؛ لأنه إن كان كراء فاسداً كيف أمضاه أو بيعاً فاسداً أسقط القيمة¹، فكيف بأخذه بغير قيمة، بل هو بيده بعد السنة حبساً توفية بالشرط؛ فيرجع² المعطي على رب الفرس بما اتفق عليه في السنة، قال أبو الحسن فإن أدرك في الأول قبل تمام السنة، خير المحبس بين تنفيذ الحبس³ وإسقاط الشرط ويدفع ما اتفق على الفرس، لأن النفقة لذلك الشرط؛ وبين أخذ الفرس ودفع النفقة؛ وإنما أسقط القيمة بعد فوت الأجل، لأن الفوت من قبل المحبس يخالف العبد يشتريه على أنه مدير وفوته من قبل المشتري وبنفس الشراء يكون مديراً، والفرس بتمام الأجل يكون حبساً؛ قال أبو الحسن ومبنى الثانية أن ثواب الغزو للدافع، فصارت النفقة في الأجل ثمن المبيع بعد الأجل؛ فإن أدرك قبل الأجل خير الدافع بين الإمضاء بغير شرط ودفع النفقة، وبين ارتجاع فرسه وغرم النفقة؛ وإن لم يعلم حتى مضى الأجل ولم يتغير الفرس بمحالة سوق فسخ البيع، لأنه الآن صار بيعاً فاسداً ويرد ويغرم النفقة؛ وإن فات بشيء من وجوه الفوت غرم القابض قيمته من حين حل الأجل، لأنه من ذلك اليوم ضمنه، وإن قبضه للغزو عليه بنفسه عن الدافع رجع عليه بأجرة مثله إن غزا عنه وإن غزا لنفسه، إلا أن أجز الفرس للدافع، فقد انتفع بالركوب فعليه أجرة الركوب؛ وهذا كله فيما كان قبل الأجل؛ وأما بعده فالأجرة ساقطة فيما استعمله بعد الأجل، لأنه ضمن الفرس والأجرة المتقدمة لا تسقط؛ وكذلك يرجع المنفق بالنفقة قبل الأجل، وإن فات الأجل وضمن القيمة لتقررها قبل ذلك؛ وقال يحيى بن عمر في اشتراط مرمة الدار إن وقع، مضى الحبس وسكن؛ فإن احتاجت إلى مرمة الدار إن وقع، مضى الحبس

(1) جملة (أسقط القيمة) في د .

(2) في د : ويرجع.

(3) جملة (بين تنفيذ الحبس) ساقطة في د .

وسكن؛ فإن احتاجت إلى مرمة أخرحناه منها وأكريناها بقدر مرمتها ثم يعود،
 إلا أن يقول أنا أسكن وأرم بقدر ما يكثرى من غيري فذلك له؛ فإن رم وبني
 بمقتضى الشرط، قيل يعطى ما أنفق أيضاً ولا يعطى¹ قيمة ذلك مقلوعاً؛ ولو
 قيل له خذها على هذا وعلى أن تبني في موضع منها بنياناً كثيراً، فهنا إنما
 يعطى ما أنفق أيضاً، ولا يعطى قيمة ذلك منقوضاً؛ بخلاف إذا أعاره بشرط
 بقاء البناء له بعد الخروج من السكنى متى شاء يعطى قيمة البناء منقوضاً، لأنه
 بنى لنفسه بخلاف الأول؛ قال صاحب التنبهات إذا أسكنه سنين مسماة أو
 حياته على أن عليه مرمتها فهو كراء مجهول، وإن أعطاه رقبته على أن ينفق
 عليه فبيع فاسد، والغلة للمعطي بالضمان وترد لربها ويتبعه بما أنفق عليه.

فصل في مقتضيات الألفاظ

وهي سبعة عشر لفظاً، اللفظ الأول: لفظ الولد، ففي الكتاب قال يحى بن
 سعيد يدخل في ولده ولد ولده الذكور والإناث، إلا أن ولده أحق من أبنائهم
 ما عاشوا، لأنهم دخلوا تبعاً لهم؛ إلا أن يفضل فيكون لولد الولد²، قال مالك
 يدخل الأبناء معهم ويؤثر الآباء، وإن قال ولدي وولد ولدي بدىء الآباء
 والفضل للأبناء، وسوى المغيرة بينهم؛ قال مالك ولا يدخل ولد البنات لعدم
 دخولهم في قولهم تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾³ وقال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

ولأن العادة نسبتهم إلى نسب أبيهم دون أمهم، وقال (ش) وأحمد لا
 يندرج في الولد إلا ولد الصلب، لأنه الحقيقة، وإطلاق الولد على غيره مجاز،

(1) جملة (ما أنفق أيضاً ولا يعطى) ساقطة في د .

(2) المدونة: م 6-ج 103/15.

(3) الآية: 11 من سورة النساء.

ولذلك أن بنت الابن إنما ورثت بالسنة دون قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾. قال محمد إن قال ابن فلان ولم يقل ولد، اختص بالموجود؛ وإذا قال حبس على ولد ظهري، اختص بالولد دون بنيه؛ وإن قال على بني ابني¹ كان لإخوته لأبيه وأمه، ولأخوته لأبيه؛ ويختلف في دخول بنيه ولا شيء لأخوتهم لأمهم، قال صاحب المقدمات قال ابن عبد البر وجماعة من المتأخرين يدخل ولد البنات في لفظ الولد لا ندرجهن في قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾² فحرمت بذلك بنت البنت إجماعاً، ولقوله عليه السلام إن ابني هذا سيد يصلح الله به بين فئتين عظيمتين. يشير للحسن ابن ابنته رضي الله عنه³، ولأن عيسى عليه السلام من⁴ ولد آدم بإجماع المسلمين وهو ابن ابنته.

والجواب عن الأول: أنه لا يلزم من انعقاد الإجماع على إرادة المجاز في صورة حمل اللفظ عليه في صورة أخرى، والحمل في آية التحريم مجاز، وإلا لا طرد في آية الموارث؛ وحيث يكون إنما ترك المعارض، والتعارض على خلاف الأصل؛ وكذلك الحديث معمول على المجاز، وإلا لزم ترك العمل بالدليل في آية الموارث؛ وعن الثالث إن ادعيت أن عيسى عليه السلام يحسن إطلاق لفظ ابن آدم عليه فمسلم، وإن ادعيت أن اللفظ وضع له لغة فممنوع؛ وقد ذكر العلماء في ضوابط الحقيقة والمجاز أن كل لفظ يصح سلبه فهو مجاز، فإن من رأى شجاعاً فقال رأيت أسداً يصح أن يقال ما رأيت أسداً، ولو رأى الحيوان المفترس ما حسن أن يقال ما رأى أسداً؛ كذلك في صوره النزاع يصح أن يقال لا أب لعيسى مطلقاً، وإنما له أم فقط، وهو يناقض قولنا آدم أبوه؛ وكذلك يقال هذا ليس ابني بل ابن فلان من ابنتي؛ وقال (ح) ولد البنات قطعي النسبة

(1) في ي : أبي.

(2) الآية: 23 من سورة النساء .

(3) انظر المقدمات 422/2.

(4) كلمة (من) ساقطة في د .

إليه ولد الابن مظنون، والمقطوع أولى بالدخول من المظنون. وجوابه أنه لا يلزم من القطع بنسبة الولادة القطع بوضع اللفظ بإزاء يملك النسبة فأين أحد البابين من الآخر.

اللفظ الثاني: وقفت على ولدي وولد ولدي أو أولادي وأولاد أولادي، قال صاحب المقدمات قال جماعة من الشيوخ يدخل فيه ولد البنات وهو ظاهر اللفظ لأن الولد يقع على الذكر والأنثى؛ فلما قال وولد ولدي كأنه قال على أعقابهم، وعن مالك لا يدخلون لما تقدم في اللفظ الأول، وعنه ذلك، ولو قال على أولادي وأعقابهم، وعن ابن القاسم إذا أوصى لولد فلان اختصت بذكورهم دون بناته، بخلاف ما إذا أوصى لبني فلان يدخل البنات، قال وفائدة قوله وولد ولدي على مذهب مالك وإن لم يدخل ولد الابن دخل في لفظ ولدي فقط، ففي احتمال الاختصاص بالولد قال ولفظ الولد يقع حقيقة لغة على أولاد الأولاد ولد الذكور والإناث، وإنما عرف الشرع والناس أخرج ولد البنات وخصص اللفظ لمن يرث: قال وقال جماعة لا يتناول غير ولد الصلب إلا مجازاً وليس بصحيح¹؛ قلت وهو مذهب ش وأحمد وهو الذي يعضده قواعد أصول الفقه كما تقدم في اللفظ الأول؛ وفي الجواهر قال أبو الوليد قال ابن العطار عدم دخول ولد البنات مذهب مالك، وكانت الفتوى بقرطبة دخولهن وقضى به محمد بن اسحاق بفتيا أكثر أهل زمانه.

اللفظ الثالث: على أولادي وأولادهم، قال صاحب المقدمات: وعن مالك لا يدخل ولد البنات لما تقدم أن ولد البنات لا يدخلون في لفظ الولد، والضمير عائده على ما لا يدخلن فيه فلا يدخلن في الضمير لأنه غير الظاهر؛ ومن الشيوخ من أدخلهم لقوله على ولدي وولد ولدي إلا أن يزيد درجة فيقول وأولاد أولادي فيدخلون في الدرجة الثانية، وكذلك كلما زاد درجة يدخلون إلى حيث ينتهي قوله، وقضى بدخولهم بهذا اللفظ محمد ابن سليم بفتوى أكثر أهل

(1) انظر المقدمات 427/2 .

زمانه. ودخولهم فيه أين من دخولهم في اللفظ الأول، لأنه إذا أتى بلفظ ظاهر دخله تخصيص العرف، بخلاف الضمير، لأنه لا عرف فيه يخصه. وقول الشيوخ إذا كرر دخلن وكذلك إن زاد درجة يدخلن إلى حيث انتهى من الدرجات، فيتخرج على اتباع اللغة دون العرف¹.

اللفظ الرابع: على أولادي ذكورهم وإناثهم ولم يسمهم بأسمائهم، ثم قال: وعلى أعقابهم قال صاحب المقدمات ظاهر مذهب ذلك دخول ولد البنات كما لو سمي، ولأنه نص على الأنثى² ثم نص على أولادهم فدخل ولد البنات بالنص لا بالتأويل، وخرج من قول مالك إذا حبس على ولده الذكر والأنثى ومن مات منهم ولده بمنزلته، قال مالك ليس لولد البنات شيء، لأن ولد البنات لا يدخلون ههنا، وهو تخريج ضعيف، لأن قوله فولده بمنزلته محمول على البنات لمن يتناوله الوقف³.

اللفظ الخامس: على أولادي ويسمهم بأسمائهم ذكورهم وإناثهم ثم يقول وعلى أولادهم، قال صاحب المقدمات، يدخل ولد البنات عند مالك وجميع أصحابه لنصه على كل واحد وولده، ومع النص لا كلام؛ وعن ابن زرب عدم الدخول، قال وهو خطأ صراح، لأنه قاسه على صورة عدم التنصيص وهو قياس فاسد؛ وهذا اللفظ أقوى من لفظ الضمير، لاحتمال عوده على بعض ظاهره، وهذه تسمية صريحة؛ ولو كرر التعقيب؛ لدخل ولد البنات إلى الدرجة التي انتهى إليها المحبس على ما قاله الشيوخ، خلاف قول مالك على ما تقدم⁴.

اللفظ السادس: لفظ العقب قال صاحب المقدمات: هو كلفظ الولد⁵. وفي الجواهر قال عبد الملك كل ذكر أو أنثى حالت دونه أنثى فليس بعقب،

(1) المصدر السابق 433/2-434.

(2) في د : الأب.

(3) المقدمات 434/2.

(4) المصدر السابق 435/2-436.

(5) نفس المصدر 437/2.

وقال ش العقب، والنسل، والذرية، والعتره، والبنون، وبنوا البنين، كذلك نقله ابن الأعرابي وثعلب.

اللفظ السابع: لفظ الذرية والنسل قال صاحب المقدمات قيل كالولد والعقب لا يدخل ولد البنات على مذهب مالك، وقيل يدخلون لتناول اللفظ لهما لغة؛ وفرق ابن العطار بين الذرية فيدخل ولد البنات لقوله تعالى ﴿وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ﴾ إلى قوله ﴿وَعِيسَى﴾¹ فجعله من ذرية ابراهيم عليه السلام أجمعين، وهومن ولد البنات، وبين النسل فلا يدخلون حتى يقول المحبس نسلي ونسل نسلي، قال وهو ضعيف، لأن ولد البنت من الذرية، لأنه من الذر الذي هو الرفع؛ ومن النسل، لأنه من الإخراج،
لقول الشاعر :

فسلي ثيابي من ثيابك تنسل

اللفظ الثامن: لفظ البنين نحو على بني أو على بني بني فكالولد والعقب على القول بأن لفظ جميع المذكر يدخل فيه المؤنث، وإلا فالذكران من بنيه وبني بنيه دون الإناث؛ وقاله (ش)؛ وأما على بني ذكورهم وإناثهم - سماهم أم لا وعلى أعقابهم، فعلى ما تقدم في الولد والعقب؛ وفي الجواهر: البنون يتناول عند مالك الولد وولد الولد - ذكورهم وإناثهم؛ فإن قال على بنيه وبني بنيه، قال مالك يدخل بناته وبنات بنيه؛ وعن ابن القاسم على بناته يدخل بنات بنيه يدخلون مع بنات صلبه، والذي عليه جماعه الأصحاب عدم دخول ولد البنات في البنين لما تقدم.

اللفظ التاسع: قال الأبهري إذا حبس على ذكور ولده، يدخل ولد ولده مع ولده فإذا انقرضوا فلبنتاهم وللعصبه، فإن ضاق بدىء بنات البنين ولاحق لبنات البنات؛ لأن بنات البنين كالعصبه لوراثتهم مع اخوتهم بالتعصيب.

(1) الآية: 84 من سورة الأنعام.

اللفظ العاشر: لفظ الآل، في الجواهر قال ابن القاسم آله وأهله سواء وهم العصبية والأخوات والبنات والعمات دون الخالات، قال أبو الوليد معناه العصبية ومن في قعدهم من النساء هو المشهور؛ وقال التونسي يدخل في الأهل من هو من جهة أحد الأبوين بعدوا أو قربوا.

اللفظ الحادي عشر: لفظ الآباء، قال صاحب المتقى يدخل الآباء والأمهات والأجداد والجندات والعمومات وإن بعدوا، لقوله تعالى ﴿قَالُوا نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾¹ واختلف في الأخوال والخالات، والاختيار دخولهن، قال وهذه المعاني مجاز، ومقتضى مذهب مالك اعتبار الحقائق إلا أن يغلب مجاز في الاستعمال².

اللفظ الثاني عشر: لفظ القرابة، ففي الجواهر في الموازية إذا أوصى لأقربائه يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد، وقال في العتبية لا يدخل ولد البنات وولد الخالات، وقال ابن كنانة يدخل الأعمام والعمات والأخوال والخالات، وبنات الأخ وبنات الأخت؛ وعن مالك يدخل أقاربه من أبيه وأمه، وقال أشهب كل ذي محرم منه من قبل الرجال والنساء محرم منه أم لا لإصدق اللفظ عليه؛ وقال ش كل من يعرف بقرابته.

اللفظ الثالث عشر: لفظ القوم، وفي الجواهر قال التونسي الرجال خاصة من العصبية لقوله تعالى: ﴿لَا يَسْخَرُونَ مِنْ قَوْمٍ﴾، ثم قال: ﴿وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ﴾³.

وقال زهير:

وما أدري وسوف إخال أدري أقوم آل حصن أم نساء

(1) الآية: 133 - من سورة البقر.

(2) انظر المتقى 125/6.

(3) الآية: 11 من سورة الحجرات.

فلم يدخل النساء في لفظ القوم . اللفظ الرابع عشر لفظ الإخوة ففي الجواهر دخل الذكور والإناث من أي جهة كانوا، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾¹ ولو قال على رجال إخوتي ونسائهم دخل الأطفال من الذكور والإناث، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً﴾² .

اللفظ الخامس عشر³: لفظ العصبية، ففي الجواهر لا يدخل فيه أحد من جهة الأم، لأن التعصيب من النصر والمعونة وهو خاص بالذكور؛ ويدخل نسب الابن من الذكور وإن بعدوا؛ ولو قال على أعمامي لم يدخل أولادهم معهم، لأن ابن العم لا يسمى عمًا، كما إذا قال ولد ظهري لا يدخل ولد ولده فيه ذكورهم ولا إناثهم؛ ولو قال على بني أبي، دخل فيه إخوته لأبيه وأمه وأخوته لأبيه، وذكور أولادهم خاصة مع ذكور ولده؛ قال وهذا يشعر بأنه لا يراد دخول الإناث تحت قوله بني بخلاف ما تقدم في لفظ البنين؛ ولو قال على أطفال أهلي، تناول من لم يبلغ الحلم ولا الحيض، وكذلك على صبيانهم أو صغارهم. وأما شباههم وأحداثهم، فالبالغ الحلم إلى أربعين سنة؛ وعلى الكهول فلمن جاوز الأربعين من الذكور والإناث إلى أن يجاوز الستين، وعلى شيوخهم فعلى من جاوز الستين من الذكور والإناث لقوله:

وتضحك مني شبيخة عبشمية وإن لم تر قبلي أشيراً يمانياً

فسمي العجوز شبيخةً، وعلى أرملهم فللرجل وللمرأة الأرملين، لقول الحطيئة:

ها ذي الأرمال قد قضيت حاجتها فمن حاجة هذا الأرمل الذكر

تنبه: قال أئمة اللغة أسماء طبقات أنساب العرب الشعب، ثم القبيلة، ثم

(1) الآية 11 من سورة النساء.

(2) الآية: 176 من نفس السورة.

(3) من هنا إلى آخر باب الوقف ساقط في ي - وهو لوحة كاملة.

العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ، ثم الفصيلة؛ فمضر شعب، وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصي بطن، وهاشم فخذ، والعباس فصيلة؛ قال تعالى: ﴿وَفَصِيلَتُهُ الَّتِي تُؤْوِيهِ﴾¹ قال صاحب الصحاح: الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ، فقدم الفصيلة فخالف غيره²، مع أنه قد نقل في أن فصيلة الرجل رهطه الأقربون، والرهط قبيلة الرجل وقومه التي تنصره، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْلَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ﴾³ وأصل هذه الأسماء مرتب على صورة الإنسان، فجعلوا جملة العرب كرجل واحد فأول ذلك الجمجمة أعلى ما في الإنسان كعدنان في العرب، ثم الشعب، لأن عظم الرأس يتشعب قطعاً، ثم القبيلة من قبائل الرأس وهي الزرور التي بين قطع العظام وينفذ للشروت وهي مجاري العنق، ثم العمارة وهي صدر الإنسان، لأنه موضع القلة وهو عمارة الجسد وملئه، ثم البطن، لأن بطن الإنسان تحت صدره، ثم الفخذ كذلك، ثم الفصيلة - وهو ما تحت الفخذ، لأن به ينفصل خلقه من غيره وينقطع آخره؛ وعلى رأي الجوهري تكون الفصيلة كالعنق من الإنسان مفصل بين الرأس والجسد؛ وأما الرحي فليس من هذا القبيل، بل الرحي من العرب كل قوم غزوا لقومهم على أن يخرجوا من أرضهم، وقسموها أربعة أقسام: قسم يربعون فيه، وآخر يصيفون فيه، وآخر للخريف، وآخر للشتاء؛ فهم يدورون عليها دوران الرحي، ويقال إن الذي اتفق لهم ذلك من العرب أربعة، فيقال لذلك أرحاء العرب؛ والشعب ما تفرع من قبائل العرب والعجم، لقوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ﴾⁴ فلو علق الوقف على لفظ من هذه الألفاظ اتبعت فيه هذه النقول في اللغة، واختص بمن تناوله اللفظ.

اللفظ السادس عشر: لفظ الموالي، وفي الجواهر تشمل الذكران والإناث،

(1) الآية : 13 من سورة المعارج.

(2) انظر تاج العروس للشيخ مرتضى (شعب) ج 318/1.

(3) الآية 91 من سورة هود .

(4) الآية: 13 من سورة الحجرات.

وروي يدخل فيهم موالى أبيه وموالى ابنه، وموالى الموالى؛ وروي عن ابن وهب وأبناء الموالى يدخلون مع آبائهم، وروي عن ابن القاسم إذا كان لهم أولاد وله موال لبعض أقاربه رجع إليه ولاؤهم، ولا يكون الحبس إلا لمواليه الذين أعتقوا، وأولادهم يدخلون مع آبائهم في الحبس إلا أن يخصهم بتسمية؛ وقال مالك بعد ذلك موالى الأب والابن يدخلون مع مواليه، لأنه يرثهم بالولاء؛ وبدىء بالأقرب فالأقرب من ذوي الحاجة، إلا أن يكون الأبعد أحوج؛ وفي المختصر الكبير أبناؤهم مع آبائهم، وفي دخول موالى الأب والابن خلاف، والدخول أحسن؛ وإذا قلنا يدخلون، ففي المجموعة يدخل موالى ولد الولد والأجداد والأم والجددة والإخوة دون موالى بنى الإخوة والعمومة، ولو دخلوا دخل موالى القبيلة؛ وإذا قلنا بدخول هؤلاء، ففي المجموعة يبدأ الأقرب فالأقرب فيؤثر على الأبعد إذا استووا في الحاجة، فإن كان الأقرب غنياً أوتر المحتاج الأبعد عليه وقاله مالك في موالى الأب والابن أيضاً؛ وقال (ش) يدخل الأعلى إن فقد الأسفل، أو الأسفل إن فقد الأعلى وهما إن اجتماعا.

اللفظ السابع عشر: لفظ السبيل، وفي الكتاب إذا حبس فرساً أو متاعاً في سبيل الله فهو للغزو، وقاله (ش) وأحمد لأن الطاعات كلها سبيل وطرق إلى الله تعالى، غير أن الغزو أشهر عرفاً فنعين؛ ويجوز أن يصرف في مواجيز الرباط كالإسكندرية ونحوها وسواحل الشام ومصر وتونس بالمغرب دون جدة، لأن نزول العدو بها كان شيئاً خفيفاً؛ وكذلك دهلك¹. قال صاحب التنبهات مواجيز الإسلام: رباطاته، ودهلك. بفتح الدال قيل اسم ملك من ملوك السودان سميت البلدة به وهي جزيرة بساحل البحر من ناحية اليمن، قال أبو عمر إن دهلك قال ابن يونس قال أشهب يدخل في سبيل الله جميع سبيل الخير لعموم اللفظ، والأحسن الغزو، قال ابن كنانة من حبس داره في سبيل الله فلا يسكنها إلا المجاهدون والمرابطون، ومن مات فيها فلا تخرج منها امرأته حتى

(1) المدونة: م 6 - ج 98/15.

تنقضى العدة، ويخرج منها صغار ولده من ليس بمجاهد ولا مرابط؛ ومن
حبس ناقتة في سبيل الله، فلا ينتفع بها إلا في سبيل الله ويتنفع بلبنها لقيامه
عليها وإن كان عبدًا خدام الغزاة، ويعمل في طعامهم.

فهرس الموضوعات

الجزء السادس

كتاب الجمالة

الموضوع	الصفحة
النظر الأول : في أركانها - وهي أربعة :	6
الأول والثاني : المتعاقدان	6
قاعدة مذهبية : من فعل لغيره فعلاً	7
الركن الثالث : العمل	8
قاعدة : تعرف بجمع الفرق	8
فرع : في الكتاب كل ما جازت الجمالة فيه	11
فرع : تجوز على ثياب يشترىها له نصفها	11
فرع : الجعل على الأبق جائز	11
فرع : ما عصرت من زيتوني فلك نصفه يمتنع	11
فرع : يكره على الخصومة على أنه لا يأخذ إلا بإدراك الحق	12
فرع : استخف مالك أن يجاعله	13
الركن الرابع : الجعل	13
قاعدة : العقود المستثنيات من أصول إذا فسدت	14
فرع : يجوز السكوت على الجعل إذا كان معلوماً	14

- 14 فرع : يجوز على كل دابة يشتريها ، دينار
- 15 فرع : إن جتني بالعبدین الآبقین فلك دينار
- 15 فرع : يجوز جعل مضموناً ، ويمتنع ضربُ الأجل
- 16 فرع : يجوز حصاد الزرع وجد النخل والزيتون بنصفه
- 17 فرع : إذا حملت الدابة قبل عمل فيها
- 17 فرع : تجوز المجاملة على بناء طاحونٍ وله نصفها
- 17 النظر الثاني : في أحكامها
- 18 قاعدة : العقود قسماً
- 18 نظائر : خمس مسائل لا تلزم بالعقد
- 18 فرع : له الترك متى شاء ولا شيء له
- 18 فرع : المجاعل على البيع والشراء ليس عليه ضمان الثمن
- 19 فرع : الجعل على البيع ثلاثة أقسام
- 19 فرع : إذا قال لا تبع إلا بإذني فسد للحجر
- 19 فرع : نفقة الآبق على المجمعول له
- 20 فرع : إن هرب الآبق في الطريق
- 20 فرع : إذا جعل في عبده لرجل عشرة
- 20 فرع : إذا تعيب العبد قبل الوصول عيباً لا يساوى الجعل
- 21 فرع : إذا هرب الآبق منه فترك العمل
- 21 فرع : من أخذ آبقاً فأرسله عمداً ضمنه
- 21 فرع : فإن أتلّف منه قريباً فجاء به آخر
- 22 فرع : هل تجوز الزيادة والنقصان من الجعل قبل فراغ العامل
- 22 فرع : إن أنكرت سعى العامل في الرد صدقت
- 22 تنبيه : تردد بين الجمالة والإجارة الطيب على البرء
- 22 فرع : لو جعل على تقاضى الغريم فأبراه أو أخره

كتاب القراض

وفيه مقدمتان وبابان :

- 25 الباب الأول : في أركانه ، وهي خمسة :
- 25 الأول والثاني : المتعاقدان
- 26 فرع : للمأذون دفع القراض وأخذه
- 26 فرع : لك مقارضة عبدك وأجيرك
- 27 فرع : للعامل أخذ قراضٍ من رجل آخر
- 27 فرع : لا أحبُّ مقارضة مَنْ يستحل الحرام
- 28 قاعدة : الأموال الحرمية من الغصوب وغيرها
- 28 قاعدة : كل مَنْ فعلَ فعلاً أو قالَ قولاً
- 29 قاعدة : الجهل قسمان
- 29 فرع : أكره للمسلم أخذ قراض الذمّي
- 30 فرع : لا يعجيني عمل الوصي بمال اليتيم مضاربة
- 30 الركن الثالث : رأس المال وشروطه ستة
- 30 الشرط الأول : أن يكون نقداً
- 32 فرع مرتب : أكره شراءه من ربِّ المال سلعة
- 33 الشرط الثاني : أن يكون معلوماً ليعلم الربح
- 33 الشرط الثالث : أن يكون مسكوكاً
- 33 الشرط الرابع : أن يكون خالصاً
- 33 الشرط الخامس : أن يكون مسلماً
- 34 فرع : يتمتع : اصْرِفْ هذه الدنانير ثم اعمل بها
- 35 نظائر : يخرج المال من الذمّة إلى الأمانة في ثمان مسائل
- 36 فرع : يجوز إن احتجت (إلى فضل)
- 36 الشرط السادس : أن يكون معيناً
- 36 الركن الرابع : العمل
- 37 فرع : يتمتع اشتراط عمله معه

- 37 فرع : يمتنع أن يشتري وتنقد أنت
- 38 الركن الخامس : الربح
- 39 فرع : لك نقله بعد العمل عن النصف إلى الثلثين
- 40 فرع : تمتنع مقارضة رجلين لأحدهما ثلث الربح
- 41 فرع : يمتنع دفع مائتين على أن يعمل في كل مائة وحدها
- 43 فرع : إذا شرطاً ثلث الربح للمساكين ، لا أحب الرجوع فيه
- 43 الباب الثاني : في أحكامه
- 45 تمهيد : منشأ الخلاف أمران
- 45 فرع مرتب : حيث يكون له أجرة المثل
- 46 فرع : يفسخ القراض الفاسد متى عثر عليه
- 46 فرع : تمنع هدية كليهما لصاحبه للتهمة
- 46 فرع : إذا اختلفتما في جزء الربح قبل العمل
- 47 فرع : عقدا على الثلثين واختلفا
- 48 فرع : إذا قلت : مالى سلف عندك وقال : قراض
- 50 فرع : إذا اختلفتما في مقدار رأس المال
- 51 فرع : إذا خسر في البز
- 52 فرع : رددت رأس المال إليك والباقي في يدي ربح
- 52 (تنبيه) : تقدم في الإجارة في الرد أربعة أقوال
- 52 فرع : أنفقت في سفري من مالى مائة درهم
- 53 فرع : إذا سئل عن المال فقال : عندي
- 53 فرع : إذا اشترى جارية فقال لي فيها كذا
- 53 تمهيد : يختلف في القراض في سبعة مواضع
- 54 قاعدة : في ضبط المدعي والمدعى عليه
- 54 فرع : لك رد المال ما لم يعمل به العامل
- 55 قاعدة : العقود قسمان
- 55 نظائر : خمسة عقود لا تلزم بالعقد
- 55 فرع : ليس جبره على بيع السلع ليرد المال

- 56 فرع : إن لم يشغل المال حتى نهيته
- 56 فرع : إذا باع بالدين بإذنك
- 56 فرع : إذا أراد بيع السلع وأردت أخذها
- 56 فرع : إذا مات قيل لورثته تقاضوا الديون
- 58 سؤال : ومن مات عن حق فلورثته ، فما الفرق
- 58 قاعدة : كل ما كان مالاً أو متعلقاً بالمال انتقل للوارث
- 58 فرع : إذا لم يوجد القراض أو الودائع بعد الموت
- 59 فرع : لا نفقة للعامل المقيم ولا كسوة
- 61 فرع : إذا اشترط عليه عدم النفقة في السفر البعيد
- 62 فرع : من أخذ قراضاً بغير بلده ليقم بتجر فيه
- 62 فرع : وخفق في المتمرض في الحمام والحجامة
- 62 فرع : له أن يؤجر من مال القراض
- 64 نظائر : يوجب الصبغ الشركة في خمس مسائل
- 64 نظائر : مسائل الخمسين خمس
- 65 فرع : إذا ضاع بعضه قبل العمل أو بعده
- 66 فرع : ربح في المائة مائة ثم أكل مائة
- 67 فرع : إذا اشترى فضاء المال أو تسلفه قبل النقد
- 67 فرع : إذا خاف إن قدم ماله أو أخره
- 69 فرع : لا يقارض إلا بإذنك
- 70 فرع : إذا اشترطت ألا يبيع إلا بنسيئة فباع بنقد
- 71 فرع : إذا باع فأخرت المبتاع بالثمن جاز ذلك
- 71 فرع : منع مالك وأصحابه مع القراض شرط سلف أو بيع أو كراء
- 72 فرع : يمتنع بيعك عبداً من القراض بغير إذن العامل
- 73 فرع : يكره أخذ القراض على أن لا يشتري به
- 73 فرع : يمتنع بيعه بالنسيئة إلا بإذنك
- 74 فرع : لا يشترط عليه أن لا يشتري إلا بالز
- 76 فرع : لا يشتري بأكثر من رأس المال
- 77 فرع : إذا عجز بعض الثمن

- 78 فرع : إذا قيم عليه بالعيب فحط أكثر من قيمته أو أقل
- 78 فرع : إذا نقد الثمن بغير بينة
- 78 فرع : لو قتل عبداً من القراض عبد لرجل فاختلفتما
- 79 فرع : إذا تجر في القراض لنفسه ضمن الخسارة
- 80 فرع : يمتنع بيع أحدكما عرض القراض قبل
- 80 فرع : إذا اشترى من يعتق عليه عالماً بذلك
- 82 تمهيد : مذهبنا ههنا مبني على خمس مواعد
- 83 فرع : إذا وطئ العامل أمة من المال فحملت
- 84 فرع : إذا أعتق من القراض عبداً جاز
- 84 فرع : مسائل هذا الباب أربع
- 88 فرع : إذا كاتب عبداً من القراض فله ردّه
- 89 فرع : خذ هذا القراض على أن يخرج مثله
- 89 فرع : معه مائة قراض اشترى بمائتين
- 89 فرع : لا يملك العامل حصته بالظهور
- 89 فرع : إذا باع سلعة بشمن إلى أجل
- 89 فرع : في اشتراط أحدكما زكاة ربح المال أربعة أقوال
- 90 فرع : إذا قام غرامؤه عليه بيلد غائب عنك
- 90 فرع : إذا نض المال بخسارة أو ربح امتنع
- 91 فرع : إذا عامل عاملاً آخر بغير إذنك
- 91 فرع : أخذ ألفين قتلوا بعد الشراء وقبل النقد
- 92 فرع : إذا ترك صاحب المركب الأجرة
- 92 فرع : صفة القسمة أن تأخذ من العين مثل ما دفعت
- 92 فرع : إذا تفاضلتا خلّى للعامل مثل خلق القرية
- 92 فرع : منع مالك أخذ القراض ليعطيه لغيره

كتاب المساقاة

وفيه مقدمتان وبابان :

- 93 المقدمة الأولى : في لفظها
- 93 المقدمة الثانية : في مشروعيتها
- 95 الباب الأول : في أركانها وهي خمسة :
- 95 الركن الأول والثاني : المتعاقدان
- 96 فرع : للمريض أن يساقى نخله إلا أن يحايى
- 97 فرع : يكره عمله عند التصرائني . مساقاة
- 97 الركن الثالث : العمل
- 98 فرع : تجوز مساقاة النخل وفيها ما لا يحتاج إلى السقى
- 98 فرع : تنتهى المساقاة في الثمر جداده بعد إثمارة
- 98 فرع : إذا هارت بترك جاز لجارك أخذ حائطك مساقاةً
- 99 فرع : له اشتراط ما في الحائط يوم العقد
- 102 الركن الرابع : ما يشترط للعامل
- 103 فرع : يمتنع لأحدكما مكيلة معلومة
- 104 فرع : تقتسمان سواقط النخل من بلع وغيره
- 104 فرع : تمتنع المساقاة أربع سنين
- 104 الركن الخامس : الصيغة
- 105 الباب الثاني : في أحكامها
- 106 فرع : تمتنع المساقاة فيها البياض اليسير
- 108 تمهيد : يحذر في البياض من أمور
- فائدة : سُمي الخالي من الأرض بياضاً والمزروع سواداً لأن الأرض
- 108 مشرقة بضوء الشمس
- 109 فرع : يجوز مساقاة ما لم يره
- 109 فرع : لا يأكل العامل من الثمر شيئاً ، لأنه مشترك

- 109 فرع : إذا أزهى بعض الحائط امتنعت مساقاته
- 113 فرع : المساقاة الفاسدة إذا أدركت قبل الشروع فسخت
- 114 فرع : المساقاة إلى الجداد وتمتنع إلى سنة أو شهر
- 115 فرع : يزكى الحائط على ملك ربه
- 115 فرع : يمتنع اشتراط سقى النخل بمائة
- 116 فرع : إذا اجتمعتما على البيع قبل الطيب
- 116 فرع : تمتنع الإقالة على شيء يعطيك إياه
- 116 فرع : إذا اختلفتما صدق فيما يشبه
- 117 قاعدة : لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم
- 118 فرع : إذا وكلته في دفع نخل مساقاة
- 118 فرع : له إعراء نصيبه من المساقاة
- 118 فرع : تجوز مساقاة البعل من الشجر الذي على غير الماء
- 119 تمهيد : وأصل قولهم إن كل ما يجز أصله ويخلف يمتنع
- 120 فرع : إن ساقى نخلًا فيها موز الثلث فأقل
- 120 فرع : تجوز مساقاة الشجرة والنخلة الواحدة كالقراض بالمال
- 120 فرع : إذا فلسست لم تفسخ المساقاة
- 121 فرع : تمتنع مساقاة بيع أو إجارة في عقد
- 121 فرع : مساقاة أنواع الثمار المختلفة ثلاثة أقسام
- 121 فرع : تجوز مساقاة ذوات الأصول كالنخل
- 122 فرع : قال مالك : عليه بعد الجداد
- 122 فرع : إذا غارت عين المساقاة قبل العمل ، فلا شيء
- 123 فرع : إذا كانت النفقة كلها عليك
- 123 فرع : إذا ساقيته بعد شهر
- 123 فرع : إذا ساقيته على أن الثمرة كلها له جاز

كتاب المزارعة

وفيه مقدمة وبابان :

- 125 المقدمة في لفظها
- 125 الباب الأول في أركانها وهي ثلاثة :
- 125 الركن الأول والثاني : المتعاقدان
- 125 الركن الثالث : المنفعة ، ولها شرطان :
- 126 الشرط الأول : سلامتها عن مقابلة الأرض
- 126 فرع : إنما يشترط من العمل على أحدهما الحرث فقط
- 126 فرع : إن تعادلا في البذر والعمل
- 127 الشرط الثاني : التعادل بين الأشراك في المخرج
- 127 الشرط الثالث : لا بد من خلط البذر أو جمعه
- 128 الباب الثاني : في أحكامها
- 129 فرع : إذا اختلفتما في حرث الزرع
- 129 فرع : تجوز مزارعة أرضك وإن لم تكن مأمونة
- 130 فرع : إذا أعطيت أرضك وبذر بك وبقرتك
- 131 فرع : إذا غلط وكيلك فزرع أرضك ببذر امرأتك
- 131 فرع : إذا آجرته بقرة بإردب شعير
- 131 فرع : إذا بذر أرض جاره غلطاً
- 132 فرع : من حرث أرضك ليلاً غلطاً ، فلا أجر له
- 132 فرع : آجرته على زراعة إردب في أرضك
- 132 فرع : إذا اختلط زرع الفدادين عند الحصاد
- 132 فرع : إذا حرثت أرضك قمحاً وجارك شعيراً فتطايير البذران
- 133 فرع : إذا حرثا الأرض وغاب أحدهما عند الزراعة
- 133 فرع : دفعت أرضك ليزرعها عليك نصف البذر
- 133 فرع : فإن أعطيته ثمن نصيبك من البذر فادعى بعد الزرع عدم الشركة

- 134 فرع : أخرجت الأرض والبذر ، والآخِر البقر والعمل
- 134 فرع : لا يخرج أحدهما قمحاً والآخِر شعيراً
- 134 فرع : في أرضين إحداهما بالشام والأخرى بمصر يجوز
- 134 فرع : يكفي في صحة الشركة أن يحمل البذر إلى الفدان
- 135 فرع : إذا امتنع أحدهما من التماضي على ما دخل عليه
- 135 فرع : تمتنع الشركة في أرض زرع بعضها
- 135 فرع : لو ذهب السيل بالزرع في الإبان
- 136 فرع : لو غبت وزرعها ببذرهِ
- 136 فرع : إذا كان عليك الحرثُ فقلت : حرثه

كتاب المغارسة

وفيه مقدمة وبابان :

- 137 المقدمة : في لفظها
- 137 الباب الأول : في أركانها وهي ثلاثة :
- 137 الأول والثاني : المتعاقدان
- 137 الركن الثالث : العمل : المغارسة ثلاثة أقسام
- 137 القسم الأول : إجارة محضة
- 138 القسم الثاني : المغارسة على وجه الجعل
- 138 القسم الثالث : أن يغارسه في الأرض على جزء منها
- 139 الباب الثاني : في أحكامها
- 140 فرع : إذا أثمر النخل وبقي التفاه
- 141 فرع : حيث قلنا بفسادها فإن لم يجعل له جزءاً من الأصل
- 142 فرع : ولا تكون المغارسة فيما يزرع سنة
- 142 فرع : إذا بطلت الشجرة بعد تمامها في المغارسة الفاسدة
- 143 فرع : أعرت أرضك عشرَ سنين للغرس
- 143 فرع : إذا اشترط مع غرس الشجر بناء جدار

- 143 فرع : إذا غرس النصف ثم عجز قبل التمام
 144 فرع : إذا ادعيت أن المغارسة وقعت
 144 فرع : إذا غارسه على أن الثمرة خاصة بينهما أبداً
 144 فرع : يجوز أن يعمل لك رحي بصفة معلومة

كتاب إحياء الموات

- 147 النظر الأول : في الإحياء وفيه ثلاثة أبحاث
 147 البحث الأول : في صفة الإحياء
 148 فرع : إذا أحيا بأجر مغبوب
 149 البحث الثاني : في موانعه وهي خمسة
 149 المانع الأول : العمارة
 150 فرع : لا يعرف له أهل صار أكواماً لا يحويه أحد
 151 المانع الثاني : حريم العمارة
 153 فرع : حريم الدار المحفوفة بالموات مرافقها العادية كطرح التراب
 153 المانع الثالث : الإقطاع
 154 المانع الرابع : التحجير
 155 فرع : إذا حجر وشرع غيره في الإحياء
 155 المانع الخامس : الحمى
 156 فائدة : النقيع بالنون وصحفه كثير من المحدثين بالباء
 156 البحث الثالث : في أحكام الإحياء
 158 فرع : إذا عمد بقرب العمارة
 158 فرع : أجاز ابن القاسم إحياء الذمي
 159 النظر الثاني : فيما يستفاد من الأرض
 160 فرع : إذا أقطعت المعدن وتركته وغبت عنه
 160 فرع : المياه ثلاثة أقسام
 161 فوائد : أمر عليه السلام - قريه بالمساحة
 162 الضرب الثاني : مجراه أرض مملوكة فهو لِمالكها
 162 فرع : إذا تشاح أهل البئر في المبتدئة

- 162 فرع : الماثل والجب كالبر عند مالك في عدم منع الناس من فضله .
- 163 فرع : يبدأ أهل الماء حتى يروؤا .
- 163 فرع : هل لأصحاب الأخشاب التي تجري في الأنهار جرؤها .
- 163 فرع : إذا جرى فضل مائك في أرض آخر .
- 164 فرع : يمنع من بيع الخطب النابت في ملكه .
- 165 فرع : إذا قدم اثنان إلى الكلاً المباح فهما سواء .
- 165 فرع : إذا عجز المسافر عن القتال حتى مات .
- 165 فرع : إذا حرث جارك على غير ماء فلك منعه .
- 166 فرع : الآبار ثلاث .
- 167 فرع : الناس أولى بفضل بئر الماشية .
- 168 فرع : يجوز شراء شرب يوم أو يومين من عين أو بئر .
- 168 فائدة : يروى نفع بئر ورهه بئر وهو الماء .
- 169 فرع : لك أرض بين أرضه ، لك منع جري الماء في أرضك .
- 169 فرع : لا يمنع من الصيد في البئر التي في أرضك .
- 170 فرع : إذا كان في القرية غامر فأرادوا خرقه .
- 172 فرع : خربة بين القرى لم تعمر منذ دخل العرب ولها بياض .
- 173 فرع : دمي له قرية وخربة باعها من رجلين .
- 173 فرع : اشترى خربة واشترط غامرها .
- 173 فرع : قرية لها شعراء وأحاطت أرض بعضهم ببعض الشعراء .
- 173 فائدة : الغامر بالغين المعجمة ضد العامر بالعين المهملة .
- 173 فرع : إذا غمد في غامر القرية غير أهلها بحضورهم .
- 174 النظر الثالث : في التراحم .
- 175 فرع : يمنع فتح الكوة يكشف منها الجار .
- 177 فرع : إذا أخذت إلى دارك شيئاً مما بين الأندلر .
- 177 فرع : من دعا إلى قسمة بور القرية الذي يرتفق به أجيب .
- 177 فرع : إذا حفرت من دارك ما يضر بجارك ليس لك ذلك .
- 178 فرع : ليس لك في الزقاق غير النافذ .
- 178 فرع : لك شجرات في أرض رجل أراد التحجير .

- 178 فرع : إذا أضرت شجرة جارك بجدارك
- 179 فرع : إذا نبع من برك أو عينك في أرض جارك
- 180 فرع : يمنع ما أضر بالناس من أحداث الأبرجة
- 180 فرع : إذا سقط الجدار بينكما وهو لأحدكما
- 181 فرع : إذا اختلفتما في جدار بينكما
- 182 فرع : إذا احتل السفلى وأردت إصلاحه
- 182 فرع : إذا أردت تلبس حائطك من دار جارك
- 182 فرع : إذا كانت خربة بين الدور فامتلاّت من قمامة
- 183 فرع : إذا ارتدم السفلى من الطريق وضاق عليه مدخله
- 183 فرع : إذا نقل المطر ترابك فسدّ به على آخر مخرجه
- 183 فرع : إذا كانت دار بجنب دار مشتركة
- 184 فرع : يجوز إخراج الرواشن والأجنحة
- 184 قاعدة : حكم الأهوية حكم ما تحتها
- 184 فرع : لك داران متقابلان على يمين الطريق وشماله
- 184 فرع : الجدار لك بين الدارين لا يتصرف فيه جارك
- 185 فرع : إذا تهدم السفلى والعلو ، جبر صاحب السفلى على البناء
- 186 فرع : ومن له إجراء ماء على سطح غيره
- 186 فرع : يجوز بيع حق الهواء لإخراج الأجنحة
- 186 فرع : حق المسيل ومجرى الماء وحق الممر
- 186 فرع : إذا تهدمت الرحى فأقمتها ، وامتنع الباقيون
- 187 فرع : إذا ادعيت على رجلين داراً فصدقك أحدهما
- 187 فرع : إذا تنازع صاحب السفلى والعلو السقف
- 187 فرع : من سبق إلى موضع مباح له الجلوس فيه
- 187 فرع : في الطرق والمساجد
- 189 فرع : من حفر بئراً بعيدة من برك فانقطع ماء برك
- 189 فرع : إذا أحدث فوق الرحى القديمة رحى
- 190 فرع : لو أذن له في تجربة الماء في أرضه
- 190 فرع : من حفر حيث لا يجوز له ضمن ما يعطب

- 190 فرع : إذا صارت البئر تمتنع قسمة الزرع مع الأرض
- 191 فرع : إذا ملك بجوار جدارك خليجاً
- 191 فرع : بئر بينكما اقتسمتماه
- 192 فرع : إذا نقص ماء البئر أو العين
- 192 فرع : إذا انهارت البئر أو العين فأصلحتهما

كتاب العارية

وفيه مقدمة وبابان :

- 197 المقدمة في لفظها :
- 197 الباب الأول : في أركانها وهي أربعة :
- 197 الركن الأول : المعير
- 198 الركن الثاني : المستعير
- 198 الركن الثالث : المستعار وله شرطان :
- 198 الشرط الأول : أن يكون منتفعاً به بعد بقاءه
- 198 الشرط الثاني : أن تكون المنفعة مباحةً شرعاً
- 199 الركن الرابع : ما تقع به العارية من قول أو فعل
- 199 الباب الثاني : في أحكامها
- 200 فرع : العارية والرهن والأجير المشترك سواء
- 203 فرع : إن ادعى الملاك أو السرقة أو الحرق
- 203 فرع : أستعار بازيماً للصيد فزعم أنه مات
- 203 فرع : فإن اشترط الضمان من الدابة بطل الشرط
- 203 فرع : العواري خمسة أقسام
- 205 فرع : إذا ردّ الدابة مع غلامه
- 206 فرع : لا يضمن المستعير من المستعير
- 206 فرع : إذا استعارها ليركبها حيث شاء
- 206 فرع : لما رجعت زعم أنه أعارك إلى دون ما ركبها
- 208 فرع : ادعت العارية وادّعى الكراء صدق

209	فرع : إذا استعارها للمحنة مخمل الحجارة
210	القاعدة : أسباب الضمان ثلاثة
210	فرع : إذا اختلفا في الرد صدق المعير مع يمينه
210	فرع : في ضمان الرهن يوم الارتهان أو يوم الضياع قولان
211	فرع : أذنت له أن يبنى في أرضك أو يغرس
214	فرع : كل من بنى في أرض غيره بإذنه أو بعلمه
215	نظائر : يؤخذ البناء بقيمته مقلوعاً
215	نظائر : يلزم الضمان إلا أن تقوم بئنة
215	فرع : إذا استعار عشر سنين فورثته بمنزلته
215	القاعدة : لا ينتقل للوارث خيار البيع والرد بالعيب
216	فرع : من أعمرته دارك في حياته رجعت بعد موته
217	فائدة : العارية بتشديد الياء والعمرى بسكون الميم
217	فرع : العمرى في الرقيق والحیوان ولم أسمع ذلك في الثياب
218	تنبيه : إذا أسكنه هل ملكه المنفعة
219	فرع : إذا قلت أجرت لك
219	فرع : أجرة حمل العارية على المستعير
219	فرع : من حق المستعير الإشهاد على الرد
219	فرع : إذا مات العبد المخدم قبل انقضاء الخدمة
220	فرع : إن أعمر أمة امتنع وطؤها
220	فرع : إذا أعمد عبداً فنفقته حياة المعير
220	فرع : ولد المخدم من أمته بمنزلته
221	فرع : حكم العارية اللزوم

كتاب الهبة والصدقة

223	النظر الأول : في الأركان ، وهي أربعة :
223	الركن الأول : الواهب
224	فرع : إذا وهب الذمي للذمي فلم يدفعها له
225	فرع : الحرة محجور عليها إذا تزوجت

- 226 فرع : إذا تصدق المريض ثم صح لا رجوع له
- 226 الركن الثاني : الموهوب له
- 226 الركن الثالث : الموهوب
- 226 فرع : تجوز في قسط من زيت
- 227 فرع : إذا وهبت نصيباً من دار لم تسمه
- 228 الركن الرابع : السبب الناقل
- 228 تنبيه : مذهب الشافعي القبول على الفور
- 228 النظر الثاني : في شرطها وهو الجوز
- 229 فوائد : عشرين وسقاً أي جداد فتكون هبة للثمرة
- 229 سؤال : كيف يخبر عن صفة حمل امرأته وأنه أنثى
- 230 قاعدة : العقود الناقلة للأموال ثلاثة أقسام
- 230 فرع : تجوز في نصف دار أو عبد
- 231 فرع : موت الواهب يبطل الهبة للأجنبي
- 232 فرع : ادفع لفلان مائة صلة منى
- 233 فرع : لا تفيد حيازة الأخ ولا أحد غير الموهوب
- 234 تنبيه : يطل ما روى عن ابن القاسم من أنهم صغار ولده
- 234 فرع : إذا أضاف الآخذ المعطى
- 235 نظائر : السنة معتبرة في أربع عشرة مسألة
- 235 فرع : يكفى في حوز الدار دفع المفتاح
- 235 فرع : إذا باع المتصدق الدار قبل الحوز
- 236 فرع : تصدقت على ولدك الصغير بدين
- 237 فرع : الصدقة في المرض لا تحتاج إلى حيازة
- 237 فرع : إن لم يفرط في القبض فهي من رأس المال
- 238 فرع : إذا تصدقت على رجل بدراهم وجعلتها على يد غيره
- 238 فرع : إذا وهبت نصف عبدك فحوزه أن يخدمه يوماً
- 238 فرع : إذا وهبت ميراثك في قرية مشاعاً
- 239 فرع : إذا خرجت للسائل بالكسرة أو بالدراهم
- 239 فرع : إذا تصدق على ولده الصغير

- 240 فرع : إذا تصدق بعيده على أن له خمسة أيام
- 241 فرع : ليس حوز الغاصب ولا المرتهن ولا خليفتك على دارك
- 241 فرع : لو وهبك دينك عليك فقلت قبلت
- 241 قاعدة : التصرفات تنقسم إلى الإسقاط بغير نقل
- 241 فرع : إن أعطيت غلة كرمك أو سكنى دارك سنين لرجل
- 243 فرع : تجوز هبة الثمر والزرع قبل الصلاح
- 243 قاعدة : العقود منها مشتمل على المعاوضة
- 244 نظائر : يجوز الغرر في خمس مسائل
- 245 فرع : لا يكفي الإقرار بالحوز ولا الإشهاد
- 245 فرع : ويكفي قولك قبلت فيما في يدك
- 245 تمهيد : القبض إنما اشترط عندنا لنفي التهمة
- 245 فرع : إذا وهب عبداً لابنه الصغير وأجنبي
- 246 فرع : إذا تصدق على ولده الصغير بدار وأشهد
- 247 فرع : وإذا تصدق بالعبد على ولده الصغير
- 247 فرع : إذا تصدق أحد الزوجين على الآخر بفرش البيت
- 247 فرع : لو وهب لحاضر وغائب
- 247 فرع : إذا وهب أحد الشركاء في الأرض جهة معينة
- 248 فرع : إذا أعطى امرأته النصرانية داره
- 248 فرع : إذا وهب لغائب وجعله على يد من تجوز له
- 248 فرع : لا يعتبر حوز الأم في هبتها لصغار بناتها
- 250 فرع : في البكر يحوز لها أبوها وإن عنست
- 250 فرع : لا يخرج الغلام من الولاية بمجرد الاحتلام
- 250 فرع : لا يحوز الأب لابنه الصغير الرقيق
- 250 فرع : لا يحوز الزوج لامرأته وله أن يحوز ذلك عند غيره
- 250 فرع : أم الولد كالخبرة في الحوز
- 251 فرع : في هبة الابن المعدم في الحال دون الاستقبال قولان
- 252 فرع : إذا تصدق بدارهم على رشيد وجعلها على يد غيره
- 252 فرع : إذا تصدق بتصف دار فقبضه

- 253 فرع : إذا وهب الدار الغائبة ولم يقبضها الموهوب
- 253 فرع : إذا تصدقت بصدقها على زوجها
- 254 فرع : لو كتب إلى وكيله أن يعطيه مائة فأعطاه خمسين
- 254 فرع : لا تكون حيازة المرتهن والمستأجر الموهوب
- 254 فرع : إذا رجعت الهبة للواهب بعد الحوز
- 254 فرع : إذا تصدق على ولده الصغير
- 255 فرع : إذا حلى صبيّاً بحلى ثم مات
- 255 فرع : لو وهب المستودع ما عنده
- 255 فرع : لا يشترط في القبض الإذن
- 257 فرع : لو باع الموهوب الهبة
- 257 فرع : إذا تصدق على ابنه الصغير بجوانيت
- 257 فرع : إذا وهب أحد الوصيين لليتيم
- 257 فرع : يكفي في حيازة الأرض التي لا عمل فيها الإشهاد
- 258 فرع : لا تحاز العرية إلا أن يطلع فيها ثمر
- 258 فرع : لو حاز بغير علمه صبح
- 258 نظائر : التي لا تتم إلا بالحيازات سبع عشرة مسألة
- 258 النظر الثالث : في أحكامها وأصلها
- 260 فرع : لا تشتري الصدقة من المتصدق عليه
- 261 فرع : تصدقت عليه بحائطك أو وهبته وتنازعتما
- 261 فرع : وهب النخل واستثنى الثمرة
- 262 فرع : أشهد أن لفلان في حاله صدقه
- 262 فرع : إذا مات الحر أو العبد قبل الحوز
- 262 فرع : إذا وهبت دينك للميت المديون
- 263 فرع : إذا وهبت المبيع بيعاً فاسداً
- 263 فرع : إن وهب المرهون جاز
- 264 فرع : إذا اشترط على الواهب ألا يبيع
- 265 فرع : إذا قال إن ضمننت عني الدين
- 265 فرع : للأمم الاعتصار لهبة ولدها في حياة أبيه

- فائدة : الاعتصار لغة الحيس والمنع 267
- فرع : إذا وهب لولده دنائير أو مثلياً فخلطه 270
- فرع : لا يعتصر لزمائه بدين متجدد بعد الهبة 271
- فرع : هبة الوارث مباحة 271
- فرع : إذا شرط الواهب الثواب 273
- فرع : للواهب هبة الثواب المنع من القبض 274
- فرع : لا ثواب في هبة التقدين : 275
- فرع : إذا قدم غنى من سفره فأهدى له جاره الفقير الفواكه 275
- فرع : إذا كان الحكم أن لا ثواب 276
- فرع : ومتى قام دليل الثواب أو عدمه صدق 276
- فرع : ما وهبته لذي رحمك وغلماذك للثواب 277
- فائدة : شرواها بفتح الشين وسكون الراء أصله مثل الشيء 278
- فرع : إذا عوضك فلا رجوع لأحدكما 278
- فرع : إذا وهبت عبداً لرجلين فعوضك أحدهما عن حصته 278
- فرع : إذا عوض أجنبي عنك بغير أمرك 278
- فرع : إذا تغيرت عند الموهوب في بدنها 279
- نظائر : في نظائره أربعة مسائل لا تفتيتها حوالة الأسواق 280
- فرع : ومتى يلزم الواهب القيمة إذا بذلت له 280
- فرع : إذا قلنا يلزم الواهب تسليم الهبة 280
- فرع : للواهب الرجوع في الهبة 280
- فرع : لا يعوض عن الخنطة خنطة أو ثمرأ 281
- فرع : إذا وجد الموهوب بالهبة عيباً 282
- فرع : فوات الهبة عند الموهوب يوجب عليه القيمة 283
- فرع : اختلف في الوقت الذي يضمن فيه الهبة 285
- فرع : ورثة كل واحد من الواهب والموهوب يقومون مقامه 286
- فرع : إن فلس وهي قائمة فللمرء تسليمها 286
- فرع : عيها واستحقاقها كالبيع 286
- فرع : إذا وهب لغير ثواب ولم يقبض 287

- 287 فرع : إذا تصدق على ولده الصغير وأشهد ثم مات
- 288 فرع : إذا أنكر الموهوب الإثابة
- 288 فرع : جوز مالك الصدقة بماله كله
- 288 فرع : كره مالك والأئمة هبة ماله كله لأجل بنيه
- 289 فرع : إذا تصدق على امرأته فأثابته بوضع صداقها
- 289 نظائر : يرجع الإنسان في ماله حالة قيامه دون ثوابه
- 290 فرع : الصدقة أفضل أم العتق ؟
- 290 فرع : لا بأس بقبضك العطية من الخليفة
- 290 فرع : لا بأس بشراء كسر السؤال
- 291 فرع : إذا وهب شقصاً من داره على عوض
- 291 فرع : إذا أخذ السيد الهبة من العبد
- 292 فرع : للأب أن يهب من مال ابنه الصغير
- 292 فرع : إذا أعتق العبد ولا مال له ردُّ للواهب
- 292 فرع : إذا وهب لعبد فأعتقه
- 292 فرع : إذا استهلك سنين مسماة على أن عليه حرمتها
- 293 فرع : إذا تصدق على ولده بعبد فأعتقه وعوضه غيره مثله
- 293 فرع : لا يلزمك ما نخلت امرأتك عند الخلوة
- 293 فرع : إذا أعطيت ابنتك لرجل يكفلها لا تأخذها عند البلوغ
- 293 فرع : إذا تصدقت على ابنها بجارية على أن لا يبيع
- 293 فرع : صدقة الحى عن الميت جائزة نافذة إجماعاً
- 294 فائدة : اقللت نفسها اختلست ماتت فجأة من مجاز التشبيه
- 294 فرع : إذا رجعت الصدقة بالميراث فحسن
- 294 نظائر : خمس مسائل تترتب على الميراث
- 294 فرع : إذا تصدقت بقلوصه في سبيل الله ثم وقعت الهدنة
- 294 فرع : إذا تصدق بعبد اشتراه فظهر حرّاً
- 294 فرع : إذا تصدق على ولده فاعتقد الذكور أن صيغة الولد لا تتناول الإناث
- 295 فرع : إذا تصدقت على غائب وبعثت بها إليه
- 295 فرع : الهبة والصدقة والحبس متى كانت على وجه اليمين

فرع : إذا ادعى هبة في غير الذمة 295

كتاب العدة

تمهيد : قوله تعالى : ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ 299

كتاب الوقف

وفيه مقدمة وثلاثة أبواب :

المقدمة : في لقطة 301

الباب الأول : في أركانه ، وهي أربعة : 301

الركن الأول : الواقف وشرطه أهلية التصرف في المال : 301

الركن الثاني : الموقوف عليه 302

فرع : يمتنع على الوارث في مرض الموت 303

فرع : حبس داره على رجل وعلى ولده وولد ولده 303

فرع : حبس على بناته حياتهن في صحته وشرط من تزوجت لا حق لها 304

فرع : إذا حبس في المرض داراً على ولده وولد ولده 305

فرع : يمتنع وقف الإنسان على نفسه وقاله الأئمة 311

فرع : متى كان الوقف على قربة صح 312

فرع : لو حبس ذمي داره على مسجد نفد 312

فرع : إذا لم يذكر مصرفاً حُمل على المقصود بأحباس تلك الجهة 312

الركن الثالث : الموقوف 312

فوائد : إحداها قوله عليه السلام : «انقطع عمله» ليس على ظاهره 314

ثانيها : أنه يثاب في هذه الصور ثواب الوسائل 314

ثالثها : أن الدعاء ليس خاصاً بالولد 314

فرع : يصح وقف الشائع 314

فرع : يجوز وقف الأشجار لثمارها 315

فرع : يمتنع وقف الدار المستأجرة لاستحقاق منافعها للإجارة 315

الركن الرابع : ما به يكون الوقف 315

- 316 فرع : لا يشترط في الصحة القبول
- 316 فرع : الألفاظ قسمان
- 318 الباب الثاني في شرطه - وهو الحوز
- 318 فرع : إذا حبس نخل حائط على المساكين في مرضه
- 321 فرع : إذا صرف منفعته في مصلحتها
- 321 فرع : إن امتنع الحبس من الحوز جبر عليه
- 321 نظائر : يتبع الأقل الأكثر في إحدى عشرة مسألة
- 322 الباب الثالث : في أحكامه
- 322 فرع : وحكمه لزوم من غير حكم الحاكم
- 324 فرع : الحبس على المعين خمسة أقسام
- 325 فرع : إذا حبس على ولده
- 325 فرع : قال محمد : دارى على عقي فلان وهى للآخر
- 326 فرع : لو شرط في الوقف الخيار في الرجوع بطل شرطه
- 326 فرع : لا يشترط التنجيز ، بل يجوز
- 326 فرع : لا يشترط إعلام المصرف
- 326 فرع : ويجب اتباع شروط الوقف
- 327 فرع : لو قال على زيد وعمرو ثم على المساكين بعدهما
- 327 فرع : إذا حبس البقر ليقسم لبنها
- 327 فرع : تأثير الوقف بطلان اختصاص الملك بالمنفعة
- 327 قاعدة : التصرفات تنقسم إلى النقل والإسقاط
- 328 قاعدة : إذا ثبت الملك في عين ، فالأصل استصحابه
- 328 فرع : إذا حبس الفرس أو التيس للضراب
- 329 فرع : الولاية فيه لمن شرطه الحاكم
- 329 فرع : إن علم بشرط الواقف في الصرف
- 330 فرع : إذا آجره الولي لغبطة ثم ظهر طالب بزياده
- 330 فرع : يمنع نقص بنیان الحبس لتبنى فيها الحيوانات للغلة
- 331 فرع : يجوز بيع الدور المحبسة حول المسجد يحتاج لتوسيعه بها
- 331 نظائر : يجبر الإنسان على بيع ماله في سبع مسائل

- فرع : يجوز للناظر الكراء للسنة والشهر 331
- فرع : من أراد الزيادة في وقف غيره أو ينقص منه 331
- فرع : إذا وقف الحيوان وأمضيته على شرطه 332
- فرع : لو حبس عبدين على أمته في حياتها 332
- فرع : إذا كان المراد من الحبس غلاته 332
- فرع : إذا رجع الوقف لأقرب الناس بالواقف 334
- فرع : إذا حبس على معينين فلا يجوز لهم بيعه 334
- فرع : من أسكن قوماً في حياتهم يمتنع أن يعطى أحدهم الآخر شيئاً 335
- فرع : إذا حبس نخلاً فأردمها الرمل إلى كراسعها 335
- فرع : إذا حبس شيئاً في وجه لا ينتفع به الواقف 335
- فرع : إذا أخدم عبده رجلاً سنين ثم هو حر 335
- فرع : ولد المخدم من أمته بمنزله يُخدم 335
- فرع : إذا أخدم نصف عبده ثم نصفه الباقي عتق 336
- فرع : إذا حبس على ولده حتى يستغنى 336
- فرع : إذا كان الحبس على معينين بصفاتهم وأشخاصهم 336
- فرع : من حبس حائطه على المساكين 336
- فرع : إذا أنحل الإمام بصلاة في المسجد 336
- فرع : إذا شرط في مدرسة أن لا يشتغل العيد بها أكثر من عشر سنين 337
- فرع : إذا وقف الملوك وقفاً على جهة وهم متمكنون من تملكها 337
- فرع : إذا آجر الناظر الوقف ثلاثين سنة 338
- فرع : إذا حبس أرضاً لدفن الموتى فضاقت بأهلها 338
- فرع : لا يباع بعض الوقف 338
- فرع : إذا كان الحبس مشاعاً وطلب بعض الشركاء القسمة 339
- فرع : إذا حبس سبعة منازل على سبعة أولاد وأولادهم 340
- فرع : لا يخرج من الحبس أحد لأحدٍ للاستواء في السبب 340
- قاعدة : من ملك المنفعة له المعاوضة عليها 340
- فرع : غلة الحبس ستة أقسام 341
- فرع : إذا حبس الفرس أو العبد على معين فلم يقبله 342

- 342 فرع : حبس على وليه وأعقابهم ، ولا عقب لهم يومئذ
- 342 فرع : إذا بُنيَ بعضُ أهل الحبس فيه
- 344 فرع : حبس حائظه على رجل في حياته وكان يقتله فمات
- 346 فرع : ما يلي من الثياب حتى لا ينتفع به
- 347 فرع : إذا مات العبد أخلف بماله مكانه
- 347 فرع : حبس داره على فلان وعقبه أو على ولده
- 349 فرع : أقرب الناس بالمحبس الذي يرجع الحبس إليهم
- 350 فرع : إذا حبس فرساً على رجل وشرط على المحبس عليه حبسه سنة
- 352 فصل في مقتضيات الألفاظ وهي سبعة عشر لفظاً :
- 352 اللفظ الأول : لفظ الولد
- 354 اللفظ الثاني : وقفت على ولدي وولدي ولدي
- 354 اللفظ الثالث : على أولادي وأولادهم
- 355 اللفظ الرابع : على أولادي ذكورهم وإناثهم
- 355 اللفظ الخامس : على أولادي ويسمهم باسمائهم
- 355 اللفظ السادس : لفظ العقب
- 356 اللفظ السابع : لفظ الذرية والنسل
- 356 اللفظ الثامن : لفظ البنين
- 356 اللفظ التاسع : إذا حبس على ذكور ولده
- 357 اللفظ العاشر : لفظ الآل
- 357 اللفظ الحادي عشر : لفظ الآباء
- 357 اللفظ الثاني عشر : لفظ القرابة
- 357 اللفظ الثالث عشر : لفظ القوم
- 358 اللفظ الرابع عشر : لفظ الإخوة
- 358 اللفظ الخامس عشر : لفظ العصبية
- 358 تنبيه : قال أئمة اللغة أسماء طبقات أنساب العرب الشعب
- 359 اللفظ السادس عشر : لفظ الموالي
- 360 اللفظ السابع عشر : لفظ السبيل
- 364 ، 363 فهرس موضوعات : الجزء السادس



دار الغرب الإسلامي

بيروت - لبنان

لصاحبها: الحبيب المنسي

شارع الصوراني (المعماري) - الحمراء ، بناية الأسود

تلفون البناء: 340131 / تلفون مبانر: 350331 ص. ب. 113-5787 بيروت ، لبنان

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI B.P.:113-5787 Beyrouth, LIBAN

رقم 201 / 6000 / 10 / 1994

التنفيذ والطباعة : دار صادر ، ص. ب. 10 - بيروت

COPYRIGHT © 1994

**DAR AL-GHARB AL-ISLAMI
P. B. : 113-5787- BEIRUT**

All rights reserved. No part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or any information storage and retrieval system, without permission in writing from the Publisher.

AD - DAḤĪRA

Šihābaddīn Aḥmad b. Idrīs al - Qarāfī
684 / 1285

Tome 6

Mis au point et annoté
par
SAĪD AḤMAD A'RĀB



DAR AL-GHARB AL-ISLAMI

1994

AD - DAḤĪRA